This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

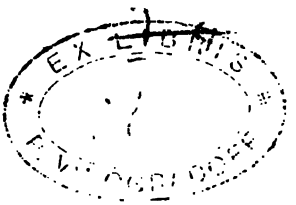
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.



EX LIBRIS
PAVL VINOGRADOFF

BOO
I 25

G 144

BEQUEATHED TO THE UNIVERSITY
BY SIR PAUL VINOGRADOFF 1926

Geiſt des römiſchen Rechts

auf den

verſchiedenen Stufen ſeiner Entwicklung.

Zweiter Theil.

Zweite Abtheilung.

LIBRARY
27
OCT
1926

Geiſt des römiſchen Rechts

auf den

verſchiedenen Stufen ſeiner Entwicklung.

Von

Rudolph von Ihering,
Geh. Juſtizrath und ordentlichem Profeſſor der Rechtswiſſenſchaft in Göttingen.

Zweiter Theil.

Zweite Abtheilung.

Dritte, verbeſſerte Auflage.

Leipzig,
Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.
1875.

Das Recht der Ueberſetzung in andere Sprachen bleibt vorbehalten.

Vorrede zur dritten Auflage.

Die gegenwärtige Auflage ist sachlich nicht erheblich verändert worden, dagegen habe ich in der Form möglichst zu feilen und bessern gesucht. Hie und da ist einiges eingeschaltet. Die Vorrede der ersten Auflage lasse ich als eine seiner Zeit von mir für nöthig gehaltene und auch jetzt noch nicht überflüssig gewordene oratio pro domo unverändert abdrucken.

Göttingen, den 12. August 1875.

Vorrede der ersten Auflage.

Meine in der Vorrede zu der ersten Abtheilung des zweiten Bandes ausgesprochene Hoffnung, in Jahresfrist die zweite Abtheilung und mit ihr den Schluß des zweiten Systems bringen zu können, hat leider in dem Maße Schiffbruch gelitten, daß ich selbst jetzt noch mich nur mit einer Stückzahlung begnügen muß; mit der gegenwärtigen Abtheilung ist der zweite Band, das zweite System wird aber erst mit dem dritten Bande geschlossen sein.

Der Druck der bisherigen Abtheilung hat bereits vor mehr als drittehalb Jahren begonnen — ein Umstand, der mich gegenüber der laufenden Literatur in eine üble, je länger, je mehr sich

steigernde üble Position versetzt hat. Könnte ich noch daran zweifeln, daß das Beste von dem, was wir zu finden glauben und das unsrige nennen, in der Atmosphäre schwebt — eine reife Frucht am Baume der Zeit, die wir nur brechen, nicht erzeugen — die Bemerkung, daß manche von den in der gegenwärtigen Abtheilung ausgesprochenen Ideen, die ich zur Zeit des Drucks noch in jenem Sinne meine eignen glaubte nennen zu dürfen, seitdem auch in andern Schriften auftauchen, würde genügen, meine Zweifel zu heben.

Mögen diejenigen Schriftsteller, die sich mir gegenüber in derselben Lage zu befinden glauben, in diesem Umstand die Erklärung suchen, warum sie an den betreffenden Stellen meines Buchs nicht genannt sind;*) ich habe sonst überall, wo ich Ideen, die nicht bereits Gemeingut geworden sind, bewußter Weise von Andern entlehnt habe, das fremde Eigenthum gewissenhaft respectirt.

Die gegenwärtige Abtheilung bricht mitten in der römischen Technik ab, aber das Hauptstück derselben: das Haften an der Aeußerlichkeit, ist wenigstens innerlich und äußerlich abgeschlossen. Was mir jetzt noch bleibt, ist vor allem die Schilderung der analytischen Methode der ältern Jurisprudenz. Wann der dritte Band erscheinen wird, darüber will ich, gewitzigt durch meine bisherigen Erfahrungen, keinerlei Zusicherung ertheilen. Je länger ich an meinem Werke arbeite, desto mehr überzeuge ich mich, daß die Ergiebigkeit eines Stoffs und die Länge der Zeit, die er mich muthmaßlich in Anspruch nehmen wird, sich im Vor-

*) So finden sich z. B. in Kuntze, Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft Leipz. 1856 S. 74 fl. einige Anklänge an Ideen, die ich in §. 41 ausgesprochen habe. Die allgemeine Theorie der Technik (§. 37—41) war bereits im Frühjahr 1856 vor dem Erscheinen jener Schrift gedruckt, und die Quintessenz derselben hatte ich schon in dem Einleitungsaufsatz zu den von mir herausgegebenen Jahrbüchern für Dogmatik des gemeinen Rechts gegeben.

aus gar nicht berechnen laſſen. Die Ausarbeitung für den Druck hat mir faſt immer an einem Gegenſtand, der mich ſeit Jahren beſchäftigt hatte, die eine oder andere neue Seite und zugleich Schwierigkeiten erſchloſſen, die ich früher kaum geahnt hatte. Ein ſolches Thema, wie das meinige, läßt ſich nie erſchöpfen, und hätte ich nicht in richtiger Erkenntniß davon mir zum Grundſatz gemacht, einen fertig gewordenen Paragraphen ſofort in die Druckerei zu ſenden, ich würde auch bei aller Arbeit nie mit demſelben fertig geworden ſein. Ich habe in der Vorrede zum erſten Bande den „Geiſt des Römiſchen Rechts“ als meinen Quälgeiſt bezeichnet. Hinter der burlesken Form ſteckte mehr Ernſt, als Manche dahinter finden mögen. Ich glaube, daß es keine wiſſenſchaftliche Aufgabe gibt, die demjenigen, der es ernſt mit ihr meint, mehr Qualen bereitet, ihn mehr aufreibt und an ihm zehrt, als eine derartige, wie es die meinige iſt, d. h. eine Aufgabe geſchichtsphiloſophiſcher Art. Ich meine nicht etwa die Schwierigkeiten der Abſtraction, nicht jenes unbehagliche, demüthigende Gefühl, das ſie hinterlaſſen, auch bei angeſtrengteſter Arbeit nie ihrer Herr geworden zu ſein, ſtets etwas in der Sache zurücklaſſen zu müſſen, das man ahnt, aber nicht finden kann. Ich meine etwas anderes. Einmal zunächſt die Gefahr des Abweges zur Oberflächlichkeit, Seichtigkeit, geiſtreichen Nichtsſagerei. Sie liegt nicht etwa in dem Subject, ſondern in der Aufgabe ſelbſt. Sie iſt es, die gründlichen und vorſichtigen Naturen ſo häufig eine Abneigung gegen die Aufgabe ſelbſt einflößt und ſie mit gerechtem Mißtrauen gegen die von keckeren Naturen unternommenen Löſungsverſuche erfüllt. Und in der That! es ſind nicht immer die Beſten, welche ſich ihr zuwenden. Welche Schaar hat ſich unter dem Banner verſammelt, das ich angeblich zuerſt aufgeſteckt haben ſoll, welche Phraſen, welche Seifenblaſen, welche ſchiefen, in ihrer eignen Unwahrheit und Abſurdität ſich vernichtenden Anſchauungen und Offenbarungen hat man uns aufge-

tiſcht! Auf dieſem Felde glaubte man am müheloſeſten Lorbeeren erringen zu können, zu ärndten, wo Andere gearbeitet, ihren auf dem Wege mühſamer Forſchung gewonnenen Reſultaten nur eine bunte Jacke anziehen zu brauchen, um ſie zu den ſeinigen zu machen. Jene Lorbeern ſind aber ſchnell verwelkt, und ſoweit die meinigen in ähnlicher Weiſe erworben ſind, wünſche ich dasſelbe auch von ihnen. Ich darf von mir behaupten, daß mich nicht die Flucht vor ernſter Arbeit jener Aufgabe in die Arme geführt hat; ich habe in ihr mehr Arbeit erwartet und gefunden, als mir irgend ein concreterer Stoff in Ausſicht geſtellt hätte. Eben darum aber iſt mir der Unfug, den man mit der Sache getrieben, die Frivolität und Seichtigkeit, die dabei zu Tage getreten, in innerſter Seele verhaßt, und ſchon lange ſuchte ich nach der Gelegenheit, die mir jetzt erſt zu Theil wird, meinem Urtheil einen öffentlichen Ausdruck zu geben. Ich fürchte nicht, daß ich mir damit ſelbſt das Urtheil ſpreche. Daß nicht auch ich der Verſuchung des Conſtruirens und gewagten Combinirens öfters unterlegen ſein ſollte, wie könnte ich es mir verhehlen? Gehe Einer hin und verſuche es —, ob er frei davon bleibt! Aber weſſen ich mir bewußt bin und weſſen ich leider *gezwungen* bin mich zu rühmen, iſt die Liebe zu meiner Aufgabe und der Fleiß und Ernſt, die einmal die untrennbaren Begleiter der Liebe ſind. In dieſem Bewußtſein fühle ich mich ſtark genug, das Urtheil über mich heraus zu fordern und auf Schonung zu verzichten. Aber andererſeits erhebe ich auch den Anſpruch, mich nach mir ſelbſt zu beurtheilen und mir nicht Verirrungen Anderer zur Laſt zu legen, über die mein Urtheil nicht anders lautet als das aller Verſtändigen.

Daß ich an meinen Richter den Anſpruch erhebe, mein Buch zu *leſen*, könnte als ein Hohn klingen. Leider hat es ſeinen triftigen Grund. Ob der bloße *Titel* meines Buchs in den Augen Mancher ſchon ausreichend iſt, um ihm ungeleſen das

Verdammungsurtheil zu ſprechen? — kurzum Walter in Bonn hat ſich nicht entblödet, dies über ſich zu gewinnen. Sein Durchzug durch ſämmtliche Disciplinen der Jurisprudenz führte ihn auch auf die Encyclopädie, und wir verdanken dieſer Gelegenheit das lehrreiche und erbauliche Schauſpiel, einen Mann, der auf concret hiſtoriſchem Gebiet ſich immer mit Geſchick und Vorſicht bewegt hat, auf dem philoſophiſchen Seile mit der Balancirſtange in der Hand ſich abmühen zu ſehen. Neben den ſonſtigen auf ein philoſophiſch unmündiges Publicum berechneten Productionen ergeht er ſich auch über die Philoſophie des poſitiven Rechts (§. 48) und gibt bei dieſer Gelegenheit verſchiedene „Cautelen" wie Thomaſius ſie nennen würde, „zur umſichtigen und fürtrefflichen Herſtellung" einer ſolchen. Die dritte lautet dahin, daß man ſich „bei der Charakteriſtik deſſen, was man den Geiſt eines Rechts nennt, vor einer zu vagen Allgemeinheit hüten müſſe. Das Recht eines Volkes ſei, wie das Volk ſelbſt, aus ſo vielen geiſtigen Elementen zuſammengeſetzt, es herrſche ſo ſehr in den Inſtituten bald das eine, bald das andere Element vor, daß ein für alle gelten ſollender Charakterzug, zumal wenn noch die Färbung einer philoſophiſchen Schule hinzukomme, nur zu leicht auf unwahre und unfruchtbare Redensarten hinauslaufe." In der Note wird neben Anderen dann auch mir die Ehre zu Theil als abſchreckendes Beiſpiel zu figuriren, und zwar ſoll ich als Charakter des römiſchen Rechts die Subjectivität, als die des deutſchen die Objectivität hingeſtellt haben, während Schmidt (Unterſchied zwiſchen dem röm. u. german. Recht) denſelben gerade entgegengeſetzt beſtimme. Daß der letztere Schriftſteller mit aller ſeiner Mühe, die er ſich gegeben, dem deutſchen Recht die Objectivität, dem römiſchen die Subjectivität zu vindiciren — eine Formel, die ſich in jedem Paragraphen des Buchs wiederholt — ſo wenig ausgerichtet hat, daß gerade er ſich als Zeugen für das Gegentheil aufführen laſſen muß, — nun, das würde in Betracht

kommen, wenn es sich fragte, ob Walter, ich will nicht sagen, das Schmidtsche Buch gelesen, sondern nur einen Blick hineingethan habe. Für mich handelt es sich nur um mein Buch. Und darüber fordere ich jeden Leser zum Richter auf. Wo habe ich den Versuch gemacht, den principiellen Gegensatz zwischen römischem und deutschem Recht zu bestimmen oder gar auf die mir untergelegte Formel (die Schmidtsche, gegen die ich Bd. 2 S. 124 selbst Protest erhoben habe) zurückzuführen? Wo habe ich von einer Objectivität des deutschen Rechts gesprochen? wo das römische über den kahlen und dürren Leisten der Subjectivität geschlagen? Ich meine, mein ganzes Buch liefert den schlagenden Gegenbeweis gegen die Möglichkeit, den Charakter eines Rechts auf eine Formel zurückzuführen. Doch, warum soll ich mich über Walter beklagen? Wie könnte ich mehr verlangen, als die alten Schriftsteller, deren Citate nicht selten falsch, also ungelesen aus der Zimmernschen Rechtsgeschichte in die Walterſche übergegangen sind? Nur den Rath will ich diesem Gelehrten nicht vorenthalten: will er wiederum über Bücher urtheilen, ohne sie gelesen zu haben, so verdecke er es durch das, was mir in seinen Augen zum Schaden gereicht haben soll: „vage Allgemeinheit."

In der Vorrede zu seiner römischen Rechtsgeschichte hat Rudorff Aeußerungen gethan, die auch auf mich bezogen worden sind. Er spricht hier von einer neuern Richtung, die sich durch ihre „exclusive Verfolgung der allgemeinsten Rechtsanschauungen, bedenkliche Unterschätzung treuer Erforschung auch des scheinbar Geringfügigen, Versuche neuer Methoden und durch eine der niedern Naturwissenschaft entlehnte Terminologie" charakterisire. In der Verdammung dieser Richtung stimme ich ganz mit ihm überein, um so mehr aber habe ich Anlaß dagegen zu protestiren, daß man mich ihr zuzähle.

Meine Ansicht über allgemeine Gesichtspunkte kann ich mit einem Worte wiedergeben: ich betrachte sie als Schlüssel zum

Verſtändniß des Einzelnen. Für den, der ſich nicht im Beſitz des Einzelnen befindet, iſt der Schlüſſel ohne allen Werth, und ich könnte mir nichts Verkehrteres denken, als den akademiſchen Vortrag der Rechtsgeſchichte ſtatt auf die Erlernung des Einzelnen auf allgemeine Geſichtspunkte zu ſtellen. Es hieße, die ſtudierende Jugend ſyſtematiſch zur Oberflächlichkeit und Ungründlichkeit zu erziehen, ihr anſtatt eines wirklichen Beſitzthums Nachſchlüſſel in die Hände zu geben, abſtracte Dietriche, mit denen ſie mehr verdrehen als öffnen würden.

Alſo: der Werth der allgemeinen Geſichtspunkte beſtimmt ſich ſowohl für den Einzelnen als die Wiſſenſchaft nach dem Concreten, das ſie erſchließen. Wie nun, wenn man ſich ſo in die Arbeit theilte, daß der Eine das Concrete, der Andere das Abſtracte zu liefern übernähme? In der That ſcheinen Manche mich in den Ruf bringen zu wollen, als hätte ich es auf eine ſolche Theilung der Arbeit abgeſehen, und als ob ich von der Höhe des „Geiſtes" mit einem gewiſſen Mitleiden auf die mit der treuen Erforſchung des Einzelnen beſchäftigten Arbeiter herabſähe. Mit Worten dagegen zu proteſtiren, wäre vergeblich, ich hoffe durch die That jenen Vorwurf mehr und mehr verſtummen zu machen. Ich unterſtelle die gegenwärtige Abtheilung ganz und gar der Kritik vom Standpunkt des Concreten. Möge man alſo bei der Beurtheilung derſelben gerade das, woran für mich der Schweiß jahrelangen Ringens klebt: die Auffindung, Verfolgung und plaſtiſche Geſtaltung des Allgemeinen ganz außer Anſchlag laſſen, mich lediglich meſſen und wiegen nach den Einzelnheiten, die ich ſelbſt zuerſt in den Quellen entdeckt oder in den rechten Zuſammenhang und dadurch zu ihrem Verſtändniß gebracht habe — in meinen eignen Augen hat dies zwar nur einen untergeordneten Werth, aber gegenüber denen, die ſich mir gegenüber mit derartigen Leiſtungen zu brüſten gedenken, will ich es getroſt in die Wagſchale werfen und mir ganz und gar das Maß gefallen laſ-

sen, mit dem sie gemessen sein wollen, ohne meinerseits zu verlangen, daß sie sich ihrerseits auch einmal meinem Maße unterwerfen sollen.

Der Wunsch, meinen Gegnern diesen bequemen Einwand gegen ein ihnen unbequemes Buch aus den Händen zu nehmen, ist auf die Ausarbeitung der vorliegenden, wie bereits der vorhergehenden Abtheilung nicht ohne Einfluß geblieben. Ich habe nämlich bei beiden des Stofflichen lieber eher zu viel als zu wenig gethan, und einen Theil der Schuld an dem Anschwellen meines Werkes mögen diejenigen tragen, welche mich zu diesem Akt der literarischen Selbsterhaltung genöthigt haben.

Mich gegen den „Versuch einer neuen Methode" zu rechtfertigen, kann mir so wenig in den Sinn kommen, daß ich umgekehrt diesen Vorwurf mit Freuden acceptire. Darauf ist allerdings mein Buch berechnet, die bisher ausschließlich herrrschende Methode in der Darstellung der römischen Rechtsgeschichte zu verlassen, um eine andere daneben zur Geltung zu bringen. Nicht aber sie zur ausschließlichen zu machen. Ich selbst würde, wenn ich römische Rechtsgeschichte zu lesen hätte, die meinige für ungeeignet halten, aus demselben Grunde, aus dem eine Vorlesung über Philosophie der Geschichte die historischen Vorträge nicht ersetzen kann. Aber etwas anderes ist es, die Methode zum Zweck der Forschung und literarischen Darstellung zu verwenden, und daß sie nach dieser Seite hin vollkommen berechtigt ist, darüber warte ich ohne Bangen das Urtheil der Zeit ab.

Die „Terminologie der niederen Naturwissenschaft für die höhere Jurisprudenz" verwandt zu haben — von diesem Vorwurf kann ich mich allerdings nicht lossprechen. Aber daß ich sie mit der „durch ihre Festigkeit und Eigenthümlichkeit unschätzbaren Rechtssprache vertauscht hätte", damit hat es doch eine etwas andere Bewandniß. Wer alte Begriffe statt mit alten Aus-

drücken mit neuen, selbstfabricirten bezeichnet, ist ein Narr, und die Welt nimmt von seinen Umtaufungsversuchen keine Notiz. In einer andern Lage aber befindet sich der, welcher neue Begriffe und Anschauungen vorzutragen hat, bestände das Neue auch nur darin, daß er etwas bereits Vorhandenes auf eine bestimmte einzelne Wissenschaft überträgt. Will er sich nicht bloß auf einige wenige Fachgenossen beschränken, will er zu einem größeren Publicum sprechen und namentlich wie ich auch Studierenden und Laien verständlich werden, so ist er gezwungen, für seine Ideen nach Anknüpfungspunkten zu suchen, über die ein Jeder gebietet, Bilder und Vergleiche zu benutzen u. s. w. Wo fänden sich diese Anknüpfungspunkte an das sinnliche Denken in dem Maße als in der Natur, wo mithin die zu recipirenden Ausdrücke in dem Maße als in der Naturwissenschaft? Ein Anderer, der mit lauter gegebenen Begriffen operirt, hat leicht zu meistern: mach's wie ich, gebrauche nur abstracte Ausdrücke. Nach funfzig Jahren, wenn jene Anschauungen erst Gemeingut geworden und allseitig geprüft, berichtigt und ausgetragen sind, kann ich's auch; wenn ich's aber jetzt versuchen wollte, würden die meisten meiner Leser mein Buch als ein abstruses in die Ecke werfen.

Dies führt mich auf einen andern Punkt hinsichtlich der Darstellung, der mir viele Schwierigkeiten verursacht und das raschere Fortarbeiten ungemein erschwert hat. Ich meine die richtige Verbindung des abstracten mit dem concret historischen Element. Wenn irgendwo die Darstellung sich wie auf schmaler Linie zwischen zwei Extremen zu bewegen hat, so ist dies bei einer Aufgabe wie der meinigen der Fall. Das Abstracte ohne starke, stoffliche Füllung ist ermüdend, trocken und bei den meisten Lesern wirkungslos. Also als Gegengewicht ein bedeutendes stoffliches Element. Aber eben damit beginnt die Gefahr des Zuviel und Zuwenig, das auf den rein subjectiven Takt gestellte Abmessen des richtigen Gleichgewichts: eine Klippe, die für einen Schriftsteller,

welcher einen concreten Stoff vor ſich hat, gar nicht exiſtirt. Ob man die allgemeinen Ideen, zunächſt mit einzelnen Beiſpielen untermiſcht, vorausſchicken, ob man ſie in die Darſtellung des Concreten verweben oder erſt durch die unbefangene concrete Darſtellung Grund und Boden für die abſtracte Betrachtung gewinnen ſoll, ob man das hiſtoriſche Material ſeinem ganzen Umfang nach mittheilen oder als bekannt vorausſetzen oder nur wie im Vorübergehen an die weſentlichen Punkte erinnern ſoll — das ſind lauter Fragen, die ſich mir faſt bei jedem neuen Gegenſtand wiederholt haben und bei jedem in individueller Weiſe zu löſen waren. Ob die Löſung immer die richtige geweſen, darüber will ich mit Niemanden rechten. Dem Einen mag ich des Allgemeinen, dem Andern des Concreten zu viel gethan haben. Darüber gibt es keinen objectiven Maßſtab. Ich bitte nur zu berückſichtigen, daß es mir nach meiner Erklärung in der Einleitung meines Werks (Bd. 1 S. 11) nicht bloß auf das römiſche Recht ankommt, ſondern zugleich darauf, an und in dem römiſchen Recht das Weſen des Rechts überhaupt zur Anſchauung zu bringen. Wer lieſt heutzutage noch Unterſuchungen über das Weſen des Rechts? Wer ſie feil hat, darf ſie daher dem Publicum nicht in dieſer Geſtalt vorführen, ſondern in und an einem concreten Stoff. Meiner feſten Ueberzeugung nach gereicht dies ihnen ſelbſt zu hohem Nutzen. Die Rechtsphiloſophie würde ihren Kredit nicht in dem Maße eingebüßt haben, wie ſie es leider heutzutage hat, wenn ſie ſich das Element des Hiſtoriſchen und Concreten nicht zu ſehr hätte abhanden kommen laſſen. Ihre Zukunft liegt m. E. in einer energiſcheren Wiederaufnahme deſſelben, in einer auf dem Wege der Analyſe und Vergleichung des Einzelnen zu gewinnenden Naturlehre des Rechts. Dazu Beiträge zu liefern, iſt der ausgeſprochene Zweck meines Buchs, und von der vorliegenden Abtheilung bitte ich namentlich die allgemeine Theorie der

Technik und des Formalismus aus diesem Gesichtspunkt zu beurtheilen.

Meiner oratio pro domo habe ich noch einen Punkt hinzuzusetzen. Zu den Vorwürfen, die mir gemacht sind, gehört namentlich auch der der Verwegenheit im Combiniren und der Aufstellung von Hypothesen. Ich nehme ihn hin. Aber ich gebe ihn auch zurück. Ich bin nicht Zöllner genug, um dem Pharisäer gegenüber an meine Brust zu schlagen und zu sagen: Gott sei mir Sünder gnädig. Daß ein Werk, wie das meinige, seiner ganzen Bestimmung und Anlage nach mehr Anlaß zu Hypothesen und Combinationen gibt, als eine auf einen einzelnen Punkt sich beschränkende rechtshistorische Abhandlung oder ein Compendium der Rechtsgeschichte, liegt auf der Hand. Immerhin möge man nun über manche derselben den Stab brechen, aber ich verlange in dieser Beziehung nicht anders behandelt zu sein als jeder Andere. Oder bin ich etwa der, der zuerst die Sünde in die Welt gebracht hat? Das Gedächtniß Mancher scheint sehr kurz zu sein, und ich will es etwas auffrischen. Ich rede nicht von Leuten, wie Gans und dem verstorbenen J. Christiansen, sondern ich will meine Mitschuldigen aus der Zahl derer greifen, die sich „den neuern Zeitrichtungen gegenüber auf dem Boden soliden Erkennens und Fortarbeitens wissen."

Der Schriftsteller, dem ich diese letzteren Worte entnehme, Rudorff, belehrt uns in seinen gromatischen Institutionen (Schriften der römischen Feldmesser von Blume, Lachmann und Rudorff B. 2 S. 303), daß das ältere Recht keine Veräußerung der Grundstücke kannte. Als Gründe figuriren 1) der Ausdruck: heredium, nebst der ihm von Varro hinzugefügten Erklärung quod heredem sequeretur und 2) der angebliche gänzliche Mangel einer Veräußerungsform. Die mancipatio soll nämlich ursprünglich nur bei beweglichen Sachen gegolten und erst unter dem Einfluß der mobilisirenden Tendenz von dem Verkehr auf die unbe-

weglichen übertragen, dieſe „Praxis“ aber ſodann von den XII Tafeln ſanctionirt worden ſein.

Nun, wenn der „Boden des ſoliden Erkennens“, ſolche Früchte trägt, ſo können auch die meinigen auf ihm gewachſen ſein! Prüfen wir die äußere Beglaubigung jener in Form einer hiſtoriſchen Thatſache vorgetragenen Hypotheſe, ſo hängt ſie mit ihrem ganzen Gewicht an einem einzigen Nagel: dem Wort heredium. Und ich denke, es iſt ein recht ſchwacher. Denn der Gegenſatz, den heredium involvirt, braucht nicht zu ſein der zwiſchen unveräußerlichem und veräußerlichem Eigenthum, ſondern er kann auch ſein der zwiſchen Privateigenthum und Gemeindeland, heredium und ager plubicus. Der letztere Gegenſatz iſt hiſtoriſch beglaubigt, von dem erſteren wiſſen wir nichts. Dem lateiniſchen heredium entſpricht das deutſche „Erbeigen“. Würde ein Germaniſt ſich noch auf dem Boden ſolider Forſchung wiſſen, wenn er ohne weitere poſitive Anhaltspunkte bloß auf dies eine Wort hin ſich eine Geſchichte des deutſchen Eigenthums conſtruirte, die mit dem hiſtoriſch allein erkennbaren Zuſtand in grellem Widerſpruch ſtände?

An Jeden, der eine Hypotheſe aufſtellt, darf man die Anforderung erheben, daß er ſich ihres Zuſammenhanges mit dem ganzen Syſtem, dem ſie angehört, ihres Eingreifens in connexe Gebiete, ihrer Poſtulate u. ſ. w. bewußt ſei. Ob jener Schriftſteller dieſe Anforderung erfüllt hat? Ich möchte es ſehr bezweifeln. War die Veräußerung des Grundeigenthums unmöglich, ſo war es auch die Beſtellung von Servituten, da ſie bekanntlich unter den Geſichtspunkt der Veräußerung fällt. Oder war letztere vielleicht möglich unter Zuſtimmung der nächſten Anwärter? Dann hätte auch jene es ſein, und es hätte folglich auch zu dieſem Zweck eine Veräußerungsform geben müſſen. War aber für den einen wie den anderen Fall die Einwilligung der Agnaten wirkungslos, nun dann haben, ſeitdem angeblich Romulus die heredia ver-

theilt, Jahrhunderte lang keine andern Servituten existiren können, als die bei dieser Gelegenheit auferlegt worden waren. Oder hätten sie durch Usucapion entstehen können? Dann hätte letztere auch beim Eigenthum Platz greifen müssen. Mit dem Erbrecht kommt diese Hypothese ebenfalls etwas in's Gedränge. Wo bleibt die „Stammgutseigenschaft dieser Güter", wenn man sie durch Legat oder Erbeseinsetzung einem andern als dem nächsten Blutsverwandten zuwenden konnte? Oder gab es, bevor die XII Tafeln die Veräußerlichkeit des Grundeigenthums zum Gesetz erhoben, noch keine Testamente? — !

Wenn der Verfasser in derselben Abhandlung (S. 428 daselbst) den uns bisher wohl bekannten römischen arbiter in einen deutschen „Gangrichter" verwandelt, so kann sich mein testis (B. 1 S. 136) (dessen etymologische Ableitung ich übrigens gern zurücknehme, um die von Lange vorgeschlagene von stare anzunehmen) desselben nur freuen; er braucht sich vor diesem arbiter wahrlich nicht zu schämen!

Wollte ich gar der rechtshistorischen Phantasie Huschke's folgen, welche reiche Ausbeute würde sie mir gewähren, selbst bevor sie sich zur Schöpfung eines eignen, später untergegangenen Thieres, des Bovigus, steigerte! Ich denke, es wird genügen, wenn ich seinen vom Staat angestellten Getreidemesser (Nexum S. 100) herausgreife, unter dessen Beistand in grauer Vorzeit die Getreidegeschäfte (stipulationes!) abgeschlossen wurden.

Und ist denn das älteste römische Recht, wie Puchta (Cursus der Instit. §. 40) es schildert, mit seinem Gegensatz des „quiritischen und ramnischen Rechtsbewußtseins", seinem fehlenden Privateigenthum u. s. w. besser als eine der verwegensten meiner Hypothesen? Ich habe absichtlich diese drei Schriftsteller herausgenommen, weil gerade ihnen trotz dieser „kühnen Griffe" Niemand bestreiten wird, daß sie zu unsern ersten Rechtshistorikern gehören. Wollte ich tiefer hinabsteigen, wie manches stände mir da zu Ge-

bote. Wie vieles wird selbst in unsern Institutionenlehrbüchern als ausgemachte Wahrheit hingestellt, was rein auf Construction beruht. Aus einem der gangbarsten, dem von Marezoll, gebe ich folgende Proben. „Das älteste Recht spaltete sich in ein patricisches und plebejisches.“ Es bestand aus „Rechtsgewohnheiten, von denen manche gleich anfangs aus den verschiedenen Gegenden Italiens und von den verschiedenen Volksstämmen, also auch mit einer particularrechtlichen Färbung in den neugebildeten Staat mitgebracht worden sind. Viele aber fanden dort erst ihren Ursprung. — Die vielen ursprünglich zusammengetroffenen particularrechtlichen Elemente gingen allmählig in einem gemeinen römischen Recht unter.“ In der zweiten Periode beginnt derselbe Proceß von neuem. Das römische Recht „vereinigt sich durch allmählige Verschmelzung mancher genealogisch oder sonst verschiedenartiger Elemente darin, namentlich des besondern Patricierrechts mit dem Plebejerrecht, zu einem mehr allgemeinen gleichförmigen Recht.“ Um dieselbe Zeit „fühlten die Römer auch, daß ihr bisheriges strenges Princip, wornach alle Peregrinen für ganz rechtlos gelten, sich nicht mehr durchsetzen lasse, seitdem sie mit Peregrinen nicht bloß in feindliche, sondern auch in freundschaftliche Berührungen des Verkehrs und Zusammenlebens gekommen, der peregrinus also nicht mehr als hostis erschien“ — wornach es also bis in's vierte Jahrhundert der Stadt hinein keinen Handel gegeben haben muß. So machten denn die Römer für die Peregrinen das jus gentium, und „sehr natürlich war es, daß ein nicht unbedeutender Theil dieses jus gentium, was dem eigentlichen römischen Recht bisher (bis wann?) noch ganz fremd gewesen war, förmlich in dasselbe als integrirender, ergänzender Theil mit aufgenommen wurde. — Daß aber nicht alles jus gentium schon damals (wann?) mit in das römische Recht aufgenommen wurde, ist gewiß, vielmehr schied sich das eigentliche Peregrinenrecht noch längere Zeit hindurch scharf davon.“ —

Der Senat hatte in dieser Periode eine „anerkannte und entschiedene gesetzgebende Gewalt, ja er entwickelte dieselbe noch früher als das Volk, und die Senatsbeschlüsse waren und hießen im weiteren Sinne leges.“ Das Bedürfniß der alten Jurisprudenz wird folgendermaßen motivirt. „Es wurde überhaupt jetzt (wann?), seitdem das römische Recht anfing sich in seinem Material zu erweitern, besonders durch die Vereinigung des jus gentium mit dem jus civile die Nothwendigkeit einer zweckmäßigeren Verarbeitung und Fortbildung dieses letztern durch die prudentes und ihre Interpretation um so lebhafter gefühlt, weil es sonst in Vergleichung mit dem jus gentium offenbar zurückgeblieben wäre“, wogegen freilich der bei Gelegenheit des prätorischen Edicts behauptete „immer fühlbarer hervortretende Mangel passender Grundsätze des jus gentium“ seltsam contrastirt.

In der Geschichte des Eigenthums erfahren wir auch hier, daß dasselbe „ursprünglich nur an beweglichen Sachen Statt fand, diese Beschränkung jedoch schon ziemlich früh hinwegfiel, ohne daß wir das Genauere davon wissen“, bei den Obligationen, daß „vielleicht schon vorher (d. h. vor den Verbal- und Realcontracten) wenigstens sicher schon sehr früh“, sich der Literalcontract gebildet hatte (an einer andern Stelle „verliert er sich in die ältesten Zeiten“), und daß es „weder möglich, noch sonst passend erschien, jedem der unbenannten Realcontracte und jeder daraus entspringenden Klage einen eignen Namen zu geben.“

In welche Verlegenheit würde der Verfasser gerathen, wenn er uns für diese Behauptungen, ich will nicht sagen, einen Beweis, sondern nur den allerdürftigsten Anhaltspunkt geben sollte! Und doch tritt hier die Construction nicht etwa auf im Gewande der Vermuthung, der Combination, sondern in dem der ausgemachten historischen Wahrheit.

In der That wer Angesichts solcher Proben den Stein aufheben will, um vorzugsweise mich damit zu werfen, möge zusehen,

ob er damit nicht die meiſten unſerer heutigen Rechtshiſtoriker und ſich ſelber mit trifft. Daß trotzdem ſo Mancher gern den Stein aufhebt, dafür iſt die Erklärung ſchon in der Parabel vom Splitter im fremden und Balken im eignen Auge gegeben. Wenn ich nun die Steine, mit denen man mich hat treffen wollen, zurückgeworfen und unter dem Einfluß der durch den Angriff hervorgerufenen Stimmung gegen diejenigen, welche ſich mir gegenüber im Alleinbeſitz der correcten hiſtoriſch-kritiſchen Methode zu ſein rühmen, meiner Kritik und Polemik öfters einen Zuſatz von würzender Schärfe gegeben habe, ſo denke ich, wird mir jeder Billige dieſen Akt literariſcher Nothwehr zu gute halten — eine Bemerkung, die ſich namentlich mit auf Ad. Schmidt (von Ilmenau) bezieht, der ſich durch ſeine von mir in keiner Weiſe provocirten Ausfälle gegen mich die Repreſſalien, die ich in §. 47 gegen ihn ergriffen, mehr als verdient hat.

Gießen, 1. Auguſt 1858.

Inhalt des zweiten Theils.

Zweite Abtheilung.

III. Die juriſtiſche Technik des ältern Rechts.

A. Das Weſen der Technik im Allgemeinen.

I. Gegenſatz der natürlichen und juriſtiſchen Auffaſſung.

§. 37. Thatſächlichkeit und Nothwendigkeit dieſes Gegenſatzes — Apologetik der Jurisprudenz — die angebliche Natürlichkeit der Laien-Auffaſſung — der geſunde Menſchenverſtand ohne die Erfahrung — der Werth und der Einfluß der Erfahrung — die Jurisprudenz ein Niederſchlag des geſunden Menſchenverſtandes in Dingen des Rechts. S. 309—321.

II. Theorie der juriſtiſchen Technik.

I. Die Aufgabe der Technik und die Mittel zur Löſung im Allgemeinen.

§. 38. Die Verwirklichungsfrage im Recht — die Aufgabe und die Mittel zur Löſung, namentlich die Technik — die beiden techniſchen Intereſſen — die Praktikabilität des Rechts. S. 322—333.

II. Die drei Fundamental-Operationen der juriſtiſchen Technik.

1. Die juriſtiſche Analyſe (das Rechtsalphabet).

§. 39. Der einfache Rechtskörper — localiſirende und abſtracte Rechtsproduction — hiſtoriſche Erſcheinung des Abſtracten im Concreten (die Durchbruchspunkte; analoge Ausdehnung) — die Buchſtaben des Rechts — Vergleichung des Alphabets des Rechts mit dem der Sprache. S. 334—352.

2. Die logiſche Concentration.

§. 40. Die Möglichkeit einer Concentrirung des Stoffs — das logiſche Centrum und die Peripherie — innere Erweiterung des Princips in der hiſtoriſchen Form einer Ausnahme. S. 352—357.

3. Die juriſtiſche Conſtruction.

§. 41. Die naturhiſtoriſche Anſchauungsweiſe des Rechts — der juriſtiſche Körper — allgemeine Schilderung deſſelben — Gewinnung deſſelben durch die juriſtiſche Conſtruction — die drei Geſetze derſelben (poſitives, logiſches, äſthetiſches) — techniſcher Werth der naturhiſtoriſchen Methode. S. 357—389.

B. Die Technik des ältern Rechts.

Die Jurisprudenz.

§. 42. Die Pontifices — die Geheimhaltung des Rechts — das jus civile im engern Sinn — der pontificiſche Styl — das Ende der pontificiſchen Herrſchaft. S. 390—420.

Haften des Rechts an der Aeußerlichkeit.
(Sinnliches Element des ältern Rechts.)

I. Der Materialismus.

§. 43. Das ſinnliche Element auf der innern Seite des Rechts — der materialiſtiſche Zuſchnitt der Begriffe und Inſtitute. — Das furtum, damnum injuria datum, der Irrthum, der Beſitz, die Uſucapion — wirthſchaftliche und rechtliche Präponderanz der Sache; die Sache die Axe des ältern Verkehrs und der Ausgangspunkt des ganzen Vermögensrechts. S. 420—441.

II. Das Haften am Wort.

§. 44. Der Gedanke und das Wort — grammatiſche und logiſche Interpretation — Verhältniß der alten Jurisprudenz zu dieſem Gegenſatz — ſtrenge Wortinterpretation der Rechtsgeſchäfte — freiere der Geſetze — tendentiöſes Element derſelben. S. 441—470.

III. Der Formalismus.

1. Weſen und praktiſche Bedeutung deſſelben.

§. 45. Begriff des formellen und formloſen Geſchäfts — Kritik des Formalismus vom praktiſchen und ethiſchen Standpunkt — allgemeine und beſondere Vortheile und Nachtheile der Form — wechſelndes Verhältniß beider. S. 470—503.

§. 45a. Die hiſtoriſchen Gründe des Formalismus. Culturhiſtoriſche Bedeutung deſſelben — die Periode der Sinnlichkeit — der Formſinn — Symboliſche und repräſentative Handlungen — die reſiduären Formen. — Die Form als Trägerin des hiſtoriſchen Continuitätsbewußtſeins — die conſervative Kraft der Form. S. 504—517.

2. Der Formalismus des ältern Rechts.

§. 46. Extenſive Erſtreckung der Form — Ueberſicht der formellen Geſchäfte — die Scheingeſchäfte, Begriff, Arten und Behandlung derſelben von Seiten der ältern Jurisprudenz — die mancipatio, in jure cessio, stipulatio. S. 518—560.

3. Analyſe des römiſchen Formenweſens.

§. 47. Der Stoff: Zeichen, Handlungen, Worte. — Ueberſicht der ſymboliſchen Zeichen und Handlungen des römiſchen Rechtslebens — die Hand insbeſondere. S. 560—577.

§. 47a. Das Wort — die Formel und das Formular. — Die ſolennen Ausdrücke und Formeln. — Unabänderlichkeit derſelben. — Nothwendigkeit des Sprechens. S. 577—598.

§. 47b. Die Compoſition der Formeln ein Zweig der juriſtiſchen Kunſt. — Die Verbalformen — die juriſtiſche Syntax, logiſche Stellung der einzelnen Gedankenglieder (Grund, Bedingung, Beſchränkung, Ausnahme) — das Geſetz der Correſpondenz der Form — Correſpondenz zwiſchen der Begründung, Aufhebung, Geltendmachung des Rechts. S. 599—631.

§. 47c. Allgemeine Charakteriſtik der Legisactionen. — Das Geſetz der Correſpondenz der Form — Citirmethode — äußere Ausdehnung der legis actio. — Praktiſche Würdigung und hiſtoriſche Bedeutung der Legisactionen. S. 631—663.

§. 47d. Raum und Zeit als Elemente der Rechtsformen. S. 663—676.

III. Die juriſtiſche Technik des ältern Rechts.

A. Das Weſen der Technik im Allgemeinen.

I. Gegenſatz der natürlichen und juriſtiſchen Auffaſſung.

Thatſächlichkeit und Nothwendigkeit dieſes Gegenſatzes — Apologetik der Jurisprudenz — die angebliche Natürlichkeit der Laien-Auffaſſung — der geſunde Menſchenverſtand ohne die Erfahrung — der Werth und der Einfluß der Erfahrung — die Jurisprudenz ein Niederſchlag des geſunden Menſchenverſtandes in Dingen des Rechts.

Semina nobis scientiae natura dedit, scientiam non dedit. Seneca ep. 120.

XXXVII. In dem vorhergehenden Abſchnitt von den Grundtrieben haben wir die höchſten Ziele des älteren Rechts, die Ideale des römiſchen Rechtsgefühls, zu ermitteln verſucht; der gegenwärtige ſoll uns mit der eigenthümlichen Kunſt bekannt machen, die daſſelbe zum Zweck der Verwirklichung jener Gedanken in Anwendung gebracht hat. So eng demnach auch der gegenwärtige Abſchnitt mit dem vorherigen zuſammenhängt, ſo bezeichnet er dennoch den Uebergang zu einer völlig neuen Seite des Rechts.

Diejenige, mit der wir uns bisher beſchäftigten, läßt ſich als die ethiſche Seite des Rechts, diejenige, der wir uns jetzt zuwenden, als die ſpecifiſch juriſtiſche bezeichnen. Dort handelte es ſich um Ideen und Anforderungen, die objectiv in der ſittlichen Beſtimmung des Rechts und ſubjectiv in dem natürlichen Rechtsgefühl ihren letzten Grund haben, daher dem Laien nicht minder zugänglich und geläufig ſind als dem Juriſten. Ganz anders von jetzt an. Unſere Darſtellung verſetzt uns, ſo zu ſagen, auf eine ganz andere Hemiſphäre, auf der dem Laien Alles neu

und fremdartig, ja Vieles höchſt verwunderlich erſcheinen muß, in eine Welt, für die er kein Verſtändniß, gegen die er vielmehr umgekehrt manche Vorurtheile mitbringt. Wenn ich den Laien dennoch auffordere, mir auf dies Gebiet der eigentlichen Jurisprudenz zu folgen, ſo verhehle ich mir keineswegs das Gewagte und die großen Schwierigkeiten der Aufgabe; ich halte dieſelben jedoch weder für unüberwindlich, noch fürchte ich, durch eine Berückſichtigung der Bedürfniſſe des Laien das Intereſſe des juriſtiſchen Leſers in bedenklicher Weiſe auf die Probe zu ſtellen.

Der Punkt, an dem jeder Laie ſich ſeines Laienthums bewußt werden muß, und auf deſſen Erläuterung ich mithin mein Hauptaugenmerk richten werde, iſt die juriſtiſche Methode. Dem Juriſten ſollte billigerweiſe nichts bekannter ſein als ſie, denn gerade ſie iſt es, die ihn zum Juriſten macht. Und doch iſt es nicht zu viel behauptet, daß ein eigentliches Bewußtſein über ſie den meiſten Juriſten völlig fehlt, und daß unſere Wiſſenſchaft alle anderen Geſetze beſſer kennt als die Geſetze ihrer ſelbſt. Aus und in der Anwendung iſt die juriſtiſche Methode ihnen ſehr wohl bekannt, aber ſie iſt ihnen mehr Sache des Gefühls und der Uebung als des Bewußtſeins. Sollten ſie angeben, worin das Weſen derſelben liege, wie die Weiſe, in der der Juriſt die Rechtsverhältniſſe beurtheilt, ſich von der des Laien unterſcheide, was die Aufgaben, Mittel und Grundgeſetze der juriſtiſchen Methode ſeien — die Antwort würde unendlich dürftig ausfallen und ſchwerlich über die recipirte Phraſe eines „Rechnens mit Begriffen“ hinauskommen. Auch die römiſchen Juriſten, Virtuoſen in der praktiſchen Handhabung der Methode, wie ſie es waren, haben doch, ſo viel wir wiſſen, nicht den beſcheidenſten Anſatz zu einer Theorie derſelben gemacht; keine Andeutung über den Zweck, die Aufgabe derſelben, keinen Aufſchluß, ja nicht einmal eine Aeußerung über die oberſten Grundſätze derſelben — ein neuer Beleg für die alte Wahrheit, daß die richtige Ausübung und ſelbſt die höchſte Blüthe einer Kunſt nicht bedingt iſt durch eine wiſſenſchaftliche Erkenntniß ihrer Geſetze und ihres Weſens.

Wenn ich nun, bevor ich zur römiſchen Technik übergehe, den Verſuch unternehme, dieſem Mangel, ſo weit es in meinen Kräften ſteht, abzuhelfen und zu dem Zwecke das Weſen und die Grundgeſetze der juriſtiſchen Technik zum Gegenſtande meiner Unterſuchung mache, ſo bitte ich nicht außer Acht zu laſſen, daß dieſe Ausführung nur den Zweck hat, das Verſtändniß der Technik des älteren römiſchen Rechts vorzubereiten, daß man alſo darin nichts ſuchen möge, was ich an dieſer Stelle, ohne meinen Zweck aus dem Auge zu verlieren, nicht geben kann. An der gegenwärtigen Stelle würden Ausführungen über den Beruf der Jurisprudenz, die durch die Entwicklungsſtufe des älteren römiſchen Rechts nicht geboten ſind, verfrüht und ungehörig ſein. Die ſpätere Entwicklung der römiſchen Jurisprudenz wird mir hinlängliche Gelegenheit geben, das Fehlende nachzuholen und dem Leſer eine Anſchauung von der gereiſten, verfeinerten Technik einer ausgebildeten Jurisprudenz zu gewähren. Hier handelt es ſich zunächſt nur um den Elementarunterricht in der juriſtiſchen Kunſt — denn die Kunſt ſelbſt beginnt hiſtoriſch überall mit den Elementen.

Die Theorie der Technik, die ich im Folgenden aufſtellen werde, iſt zwar einer Betrachtung des römiſchen Rechts entnommen, allein ſie macht nichts deſto weniger auf allgemeine Wahrheit Anſpruch. Wie den Erſcheinungen, an denen uns der vorige Abſchnitt vorüberführte, bei aller national-römiſchen Form, welche die Sache hier angenommen hatte, dennoch Motive von allgemeiner Wahrheit zu Grunde lagen, d. h. Aufgaben, an deren Löſung jedes Recht ſich zu verſuchen hat, ſo auch hier. Denn nicht bloß daß die Aufgabe ſelber, um die es ſich handelt, eine abſolut nothwendige, ein mit den letzten Zwecken des Rechts ſelbſt geſetztes Problem iſt, ſondern es muß auch die Art ihrer Löſung in Rom trotz aller römiſchen Form im Weſentlichen als die abſolut richtige, als die der Natur der Sache ſelber abgelauſchte bezeichnet werden. Mit derſelben apodiktiſchen Gewißheit, mit der man behaupten kann, daß die Grundſätze der mathematiſchen

Methode für alle Zeiten unwandelbar dieſelben bleiben werden, läßt ſich ein Gleiches auch für die der juriſtiſchen Methode behaupten. Der Weg, den das ältere römiſche Recht eingeſchlagen, iſt der der Jurisprudenz ſchlechthin; er iſt ſo wenig ein römiſcher wie derjenige, den Euklid und Archimedes in der Mathematik verfolgt haben, ein griechiſcher. Die Anſätze zur juriſtiſchen Methode finden ſich in allen Rechten, ſelbſt vor der Periode der wiſſenſchaftlichen Jurisprudenz, und der Ruhm der Römer beſteht nur darin, daß ſie es nicht bei bloßen Anſätzen haben bewenden laſſen, ſondern die Aufgabe in dem Sinn und dem Geiſt, in dem ſie dieſelbe einmal erfaßt hatten, im vollſten Umfange gelöſt haben. *Die juriſtiſche Methode iſt nicht etwas von außen ins Recht Hineingetragenes; ſondern die mit innerer Nothwendigkeit durch das Recht ſelbſt geſetzte einzige Art und Weiſe einer ſicheren praktiſchen Beherrſchung des Rechts.* Das Hiſtoriſche dabei iſt nicht ſie ſelbſt, ſondern das Geſchick und Talent, mit dem ſie von dieſem oder jenem Volk gehandhabt wird.

Es iſt eine bekannte ſich überall wiederholende Erſcheinung, daß das Recht, wenn es eine gewiſſe Bildungsſtufe erreicht, ſich der Kenntniß der Maſſe mehr und mehr entzieht und Gegenſtand eines beſonderen Studiums wird. Nicht gerade eines gelehrten, nicht gerade des Schulunterrichts, ſondern das Weſentliche iſt, daß die nöthige Vertrautheit mit dem Recht, die früher einem Jeden mühelos zufiel, fortan eine beſondere Aufmerkſamkeit, Abſicht, Anſtrengung vorausſetzt, und da nicht ein Jeder dieſe Arbeit daran ſetzen kann, daß ſich rückſichtlich der Rechtskenntniß mehr und mehr ein Gegenſatz ausbildet, den wir in ſeiner ſchließlichen Geſtalt als Gegenſatz des Juriſten und Laien bezeichnen. Das hiſtoriſche Auftreten des Juriſten bekundet die Thatſache, daß das Recht die Periode der Kindheit und der naiven Exiſtenz zurücke-

legt hat; der Jurist ist der Herold dieses unvermeidlichen Wendepunktes im Leben des Rechts. Aber nicht der Jurist ruft den Wendepunkt, sondern der Wendepunkt den Juristen hervor; — der Laie tritt nicht zurück, weil der Jurist ihn verdrängt, sondern der Jurist tritt auf, weil der Laie ihn nöthig hat. Man hat diesen Entwickelungsprozeß und die damit verbundene Entfremdung des Rechts vom Laienbewußtsein als eine beklagenswerthe Thatsache angesehen, und die Geschichte der Wissenschaft wie der Gesetzgebung berichtet von manchen Versuchen, die Kluft zwischen Juristen und Laien auszufüllen oder letzterem wenigstens eine bequeme Brücke in die Jurisprudenz zu schlagen. Ein eitles Bemühen, eine ohnmächtige Auflehnung gegen die Geschichte! Denn die Thatsache, die man ungeschehen machen möchte, ist nichts anderes als die Verwirklichung eines allgemeinen Culturgesetzes auf dem Gebiete des Rechts: des Gesetzes der Theilung der Arbeit, und so machtlos und widersinnig ein Widerstand gegen dies Gesetz anderwärts sein würde, ebenso auch hier.

Der Grund, der dem Laien bei einem ausgebildeten Recht die Kenntniß und Anwendung desselben unmöglich macht, liegt weniger in dem, worin der Laie geneigt sein wird ihn zu finden, in der *Massenhaftigkeit* des Stoffs, als vielmehr in der *Art* desselben und der dadurch hervorgerufenen eigenthümlichen Schwierigkeit seiner Beherrschung und Handhabung. Das Recht ist nicht eine bloße Masse von *Gesetzen* — sondern etwas wesentlich Anderes (S. Bd. 1. S. 36—43). *Gesetze* kann der Laie so gut auswendig lernen wie der Jurist, aber um das *Recht* zu verstehen und anzuwenden, dazu reicht der bloße Mutterwitz allein nicht aus, dazu bedarf es vielmehr zweierlei, nämlich erstens eines nur durch vieljährige Anstrengung und Uebung zu gewinnenden eigenthümlichen *Auffassungsvermögens*, einer besonderen Fertigkeit des abstracten Denkens: der juristischen *Intuition*, *Imagination*, und sodann zweitens der Geschicklichkeit im Operiren mit Rechtsbegriffen, der Fähigkeit des müheloſen begrifflichen Umsatzes zwischen Abstractem und Con-

cretem, des Blicks, des Treffers in der Wahrnehmung des Rechtsbegriffs im Rechtsfall (juriſtiſche Diagnoſe), kurz der juriſtiſchen Kunſt. Beides zuſammen begreifen wir unter dem Ausdruck der juriſtiſchen Bildung. Sie iſt es, die den Juriſten vom Laien unterſcheidet, nicht die Maſſe der Kenntniſſe; ſie iſt es, die den Werth des Juriſten beſtimmt, nicht das Maß der Gelehrſamkeit. Darum kann Jemand bei mäßigem Wiſſen ein ausgezeichneter, und, wie das Beiſpiel gelehrter Theoretiker nur zu oft zeigt, bei großem Wiſſen ein recht ſchwacher Juriſt ſein. Keine im Uebrigen noch ſo werthvolle Beſchäftigung mit dem Recht, wie es die rechtsphiloſophiſche und rechtshiſtoriſche in Wahrheit iſt, kann für ſie Erſatz gewähren, ja ſo hoch man ein Wiſſen der letzteren Art auch anſchlagen mag, als juriſtiſches läßt es ſich nicht bezeichnen.[472a])

Die juriſtiſche Bildung wird zwar erworben an einem einzelnen poſitiven Recht, allein ſie iſt darum nicht an letzteres gebunden, ſie ſteht und fällt nicht mit ihm. Wäre dies der Fall, ſo müßte der Juriſt zittern bei dem Gedanken, daß das bisherige Recht und damit ſein eigener Werth als Juriſt aufgehoben würde. Aber in dem einzelnen Recht lernt er nicht bloß dieſes, ſondern zugleich das Recht, ſo wie Jemand, der eine Sprache

472a) Hegel Rechtsphil. §. 215 meint: Der Juriſtenſtand, der die beſondere Kenntniß der Geſetze hat, hält dies oft für ſein Monopol, und wer nicht vom Metier iſt, ſoll nicht mitſprechen. Aber ſo wenig Jemand Schuhmacher zu ſein braucht, um zu wiſſen, ob ihm die Schuhe paſſen, ebenſo wenig braucht er überhaupt zum Handwerk zu gehören, um über Gegenſtände, die von allgemeinem Intereſſe ſind, Kenntniß zu haben." Ein Urtheil darüber, ob die Schuhe paſſen, wird Niemand dem, der ſie tragen ſoll, abſprechen; aber ein ganz anderes Ding iſt es, ob der Schuſter ſich von ihm ſagen laſſen ſoll, wie er ſie zu machen hat. Von Hegel, Stahl, Trendelenburg habe ich in einer gewiſſen Richtung mehr gelernt, als aus einer großen Menge rein juriſtiſcher Schriften, aber die Technik des Rechts muß der Philoſoph vom Fach, wenn er nicht in wichtigen Dingen völlig daneben greifen will, von dem Juriſten vom Fach lernen, oder richtiger geſagt ſich in Bezug auf ſein Urtheil dem des Juriſten unterordnen, denn ein wirkliches Urtheil iſt hier nur auf dem Wege der Anwendung und Erfahrung zu gewinnen.

wissenschaftlich studirt, zugleich von dem Wesen, den Gesetzen u. s. w. der Sprache überhaupt eine Anschauung bekommt. Neben seinem rein positiven Wissen, der Kenntniß dieses Rechts, besitzt er noch ein höheres, allgemeineres, ein Wissen, das nicht an die Scholle gebunden ist, ein Gut, das keine Rechts- und Orts-Veränderung entziehen oder entwerthen kann, und gerade dieser Besitz ist die eigentliche Blüte, die edelste Frucht eines dem Recht gewidmeten Lebens. Die juristische Bildung ragt über das Landesrecht weit hinaus, in ihr begegnen sich wie auf einem neutralen, internationalen Boden die Juristen aller Zonen und Zungen. Die Gegenstände ihrer Kenntnisse, die Einrichtungen und Rechte der einzelnen Länder sind verschieden, aber die Art, sie zu betrachten und aufzufassen, ist dieselbe — die wahren Juristen aller Orten und Zeiten reden dieselbe Sprache. Die Juristen verstehen sich unter einander, aber der Jurist und Laie, auch wenn sie über ihr einheimisches Recht mit einander reden, sind unter Umständen kaum in der Lage, sich zu verständigen. Die Kluft zwischen dem gebildetsten Laien und einem Juristen der Gegenwart ist ungleich größer, als sie es zwischen einem Juristen des alten Rom und einem englischen, der nie etwas vom römischen Recht gehört hat, gewesen wäre. Die englische Jurisprudenz athmet bei all' ihrer Unbekanntschaft mit der römischen fast denselben Geist wie die altrömische. Dieselbe Handhabung der Form, dieselbe Pedanterie, dieselben Umwege und Scheingeschäfte; selbst die Fictionen fehlen nicht. Für diese allerdings etwas schwerfällige und baroke Art der juristischen Technik [man könnte sie als den juristischen Rococostyl bezeichnen] fehlt dem Laien das Verständniß in dem Maße, daß sie ihm nur Verwunderung, ein Lächeln abnöthigen wird; der Jurist wird sie sofort verstehen. Aber auch ganz abgesehen von diesen, einer niederen Entwickelungsstufe angehörigen Formen der juristischen Technik, wird das juristische Denken als solches dem Laien stets etwas Fremdes, Unverständliches bleiben. Daß der Jurist da, wo der Laie nur einen Akt bemerkt, deren zwei

annimmt,[473]) oder da, wo Jener überhaupt keinen Akt ſieht, einen oder gar mehrere ſtatuirt[474]) und umgekehrt da, wo ein äußerer Akt in der That vorliegt, denſelben nicht annimmt, oder ihn in ganz anderer Weiſe auffaßt, als er äußerlich ſich darſtellt;[475]) daß er Geſchäfte, die äußerlich ſich durchaus gleich ſehen, ganz verſchieden behandelt,[476]) alles dieſes wird dem Laien unnatürlich erſcheinen. Und dennoch handelt es ſich in allen dieſen Fällen nicht etwa um eine eigenthümliche Auffaſſungsweiſe der römiſchen Juriſten, ſondern um Geſichtspunkte und Entſcheidungen von einer ſolchen zwingenden juriſtiſch-logiſchen Nothwendigkeit, daß jede andere Jurisprudenz zu ihnen ebenfalls hätte gelangen müſſen.

Die juriſtiſche Auffaſſung alſo und die des Laien ſtehen in einem entſchiedenen Gegenſatz. Aus dieſer Differenz, die eine überall wiederkehrende hiſtoriſche Thatſache iſt, hat man der Jurisprudenz einen Vorwurf gemacht, man hat ihre Entfernung

---

473) So z. B. in dem Fall, wenn der Schuldner im Auftrage des Gläubigers an eine dritte Perſon zahlt, erſtens eine (in der Perſon des Dritten bewerkſtelligte) Zahlung des Schuldners an den Gläubiger und zweitens das zwiſchen dem Gläubiger und dem Dritten intendirte und durch dieſen Zahlungsakt zur Ausführung gelangte Rechtsgeſchäft (ſei es gleichfalls eine solutio, oder eine Schenkung, oder ein Darlehn, oder ein anderes Geſchäft); L. 44 de solut. (46. 3): In numerationibus aliquando evenit, ut una numeratione duae obligationes tollantur uno momento. Auf ſolche Fälle bezieht ſich die Bemerkung des Juriſten in L. 3 §. 12 de don. i. v. et u. (24. 1): celeritate conjungendarum inter se actionum unam actionem occultari.

474) So z. B. wenn der Pächter die Sache vom Verpächter kauft, eine Tradition von jenem an dieſen und von dieſem zurück an jenen (traditio brevi manu); der entgegengeſetzte Hergang findet beim constitutum possessorium Statt.

475) So z. B. die Ratihabition eines früheren ungültigen Geſchäfts als Abſchluß eines neuen; L. 1 §. 2 pro donato (41. 6) quasi nunc donasse intelligatur.

476) So z. B. die Aneignung einer vom Eigenthümer preisgegebenen Sache bald als Occupation einer derelinquirten, bald als Erwerb einer tradirten Sache, oder die gewaltſame Aneignung einer Sache bald als erzwungene Tradition, bald als Raub.

von der „natürlichen" Betrachtungsweise als etwas Unnatürliches betrachtet, sie der Künstlichkeit, Spitzfindigkeit u. s. w. beschuldigt und eine Umkehr zu gesunderen Zuständen begehrt. Im Munde des großen Haufens sind solche Ansichten ganz verzeihlich, und vernähme man sie bloß hier, so würde ich gar nicht darauf antworten. Allein da sie auch bei gebildeten Laien nichts weniger als selten sind, [477]) und da es sogar an Juristen nicht gefehlt hat und schwerlich je fehlen wird, die aus welchen Gründen es immerhin sei, sich in dieser Hinsicht zum großen Haufen geschlagen haben, so möge man es nicht für überflüssig halten, wenn ich einem Abschnitte, der wie kein anderer von den Leistungen und Verdiensten der Jurisprudenz Zeugniß abzulegen gedenkt, eine kurze Apologetik der Jurisprudenz vorausschicke, um bei denjenigen meiner Leser, bei denen dies noch nöthig sein sollte, dasjenige Gefühl hervorzurufen, ohne welches man wie an keine Wissenschaft, so auch nicht an die Jurisprudenz, herantreten sollte — — dasjenige der Achtung vor der in ihr fixirten geistigen Kraft, womit von selbst auch das der Bescheidenheit und des Mißtrauens in das eigene Urtheil gegeben ist.

In der Anklageschrift gegen die Jurisprudenz pflegen zwei Stichwörter: natürliche Anschauung und gesunder Menschenverstand eine große Rolle zu spielen, und man glaubt die Jurisprudenz nicht empfindlicher treffen zu können, als wenn man ihr unnatürliche Auffassung und Widerspruch mit dem gesunden Menschenverstand Schuld gibt. Es stände schlimm um die Jurisprudenz und das Recht, wenn es anders wäre! Es würde soviel heißen, als daß eine durch Jahrtausende fortgesetzte Beschäftigung mit dem Recht vor der angeborenen Unkenntniß und Unerfahrenheit keinen Vorsprung gewonnen hätte. Die natürliche Auffassung! Was ist sie denn anders als der erste

477) In Rom wie bei uns; für Rom verweise ich auf Cicero, dessen abfällige Urtheile über die Jurisprudenz im Verlauf der Darstellung mitgetheilt werden, und auf Quintilian, der ihm einfach nachspricht (Inst Orat. XII 3, 7; 11), für die heutige Zeit auf Note 472a.

Verſuch des Sehens und folglich die völlige Abhängigkeit eines blöden, ungeübten Auges vom äußeren Schein? Jede Erkenntniß beginnt mit ihr, aber nur, um bald inne zu werden, daß der äußere Schein trügt. Der Fortſchritt in der Erkenntniß beſteht gerade in dem unausgeſetzten Sichlosreißen von dem Glauben an die Wahrheit der ſinnlichen Erſcheinung. Gilt für alle übrigen Gebiete des menſchlichen Wiſſens der Satz, daß anhaltende Beſchäftigung mit einem Gegenſtande und fortgeſetzte Beobachtung und Erforſchung deſſelben nothwendigerweiſe zu anderen Anſichten führen als eine oberflächliche Betrachtung deſſelben — zu Reſultaten, die der letzteren nicht ſelten völlig widerſinnig erſcheinen — wie ſollte der Satz nicht auch für das Recht gelten? In den meiſten anderen Wiſſenſchaften würde kein gebildeter Laie im Fall einer ſolchen Differenz es wagen, ſich die Wahrheit und der Wiſſenſchaft den Irrthum zuzutheilen; in Dingen des Rechts kommt dies täglich vor! Erfahrung und Wiſſen werden als Verkehrtheit und Befangenheit geſtempelt, die völlige Unbekanntſchaft mit der Sache als Vorurtheilsloſigkeit! Wer denn einmal auf die Wahrheit der „natürlichen“ Anſicht in Dingen des Rechts pocht, möge es auch bei den Erſcheinungen der Natur thun, möge behaupten, daß die Erde ſtill ſteht, und die Sonne auf- und untergeht, daß es eine Thorheit ſei zu glauben, daß die Luft ein Gewicht habe, da man es ja ſonſt fühlen müſſe. Die Sonne und die Erde und die Luft liegen der natürlichen Anſchauung näher als das Recht, aber während bei ihnen nur ein völlig Ungebildeter ſeinem Auge mehr traut als dem Urtheil der Wiſſenſchaft, macht ſich beim Recht auch der Gebildete täglich dieſer Selbſtüberhebung ſchuldig.

Man wende mir nicht ein, daß doch das Recht im Rechtsgefühl ſeinen Urſprung und Sitz habe. Gewiß! das Rechtsgefühl iſt das Samenkorn, dem das Recht entſproſſen iſt, aber das Samenkorn enthält nur den Keim des Baumes, nicht den Baum ſelbſt — semina nobis scientiae natura dedit, scientiam non dedit, wie Seneca in dem obigen Motto ſagt — es wächſt und

gedeiht nur dadurch, daß es die Samenkapsel sprengt, sich aus der Sphäre des bloßen Rechtsgefühls in die des Wissens erhebt. So wie der Baum nicht wieder zum Samenkorn werden kann, so vermag auch keine Macht der Erde ein einmal entwickeltes Recht auf die primitive Form des Rechtsgefühls zurückzuführen und es damit dem Laien zurückzugeben.

Die Autorität des „gesunden Menschenverstandes" erkenne ich für die Jurisprudenz als eine ganz entscheidende an, ja ich möchte letztere geradezu definiren als: Niederschlag des gesunden Menschenverstandes in Dingen des Rechts. Aber sie ist eben ein Niederschlag d. h. eine Ablagerung des gesunden Menschenverstandes unzähliger Individuen, ein Schatz von Erfahrungssätzen, von denen jeder tausendfältig die Kritik des denkenden Geistes und des praktischen Lebens hat bestehen müssen. Wer sich dieses Schatzes zu bemächtigen weiß, der operirt nicht mehr mit seinem eigenen schwachen Verstande, der stützt sich nicht bloß auf seine eigene unbedeutende Erfahrung, sondern der arbeitet mit der Denkkraft vergangener Geschlechter und der Erfahrung verflossener Jahrhunderte und Jahrtausende. Durch diese künstliche Ergänzung der eigenen Kräfte und Mittel ist es möglich, daß auch der Schwache im Dienste der Gesellschaft eine nützliche Verwendung finde; was das Genie entdeckt und geschaffen, wird durch den Fleiß Eigenthum des Mittelmäßigen. Ich kenne kein Gebiet des menschlichen Wissens und Könnens, auf dem nicht der Schwächste, der mit der Intelligenz und der Erfahrung von Jahrhunderten operirt, dem Genie, das dieser Beihülfe entbehrt, überlegen wäre. Welch ein leichtes Ding ist es, das Feld zu bestellen und ein Handwerk zu betreiben, gegenüber der Aufgabe, die schwierigsten Rechtsfragen zu lösen! Wenn aber Jemand zum Betriebe jener beiden Geschäfte nichts weiter mitbrächte als den gesunden Menschenverstand, er würde es mit dem schlechtesten Sachverständigen nicht aufnehmen können, und wollte er gar die Erfahrungssätze mit seinem subjectiven, „gesunder Menschenverstand" titulirten Meinen umstoßen und den Kundigen meistern

und belehren, es würde ihn der dümmſte Bauer und Handwerker verlachen und mit vollem Recht. Und dem Juriſten ſollte nicht das gleiche Recht zuſtehen, wenn ein Laie ſich gegen ihn daſſelbe erdreiſtet? Wer einem Schuſter und Schneider die Fähigkeit zutraut über Fragen des Rechts zu entſcheiden, möge es einmal mit ſeinen Kleidern und Stiefeln bei einem Philoſophen verſuchen. Für Juriſten, die den Wahn von der Möglichkeit eines populären, jedem Bürger und Bauern zugänglichen, die Juriſten entbehrlich machenden Rechts zu theilen und gar zu fördern im Stande ſind, wüßte ich keine beſſere Kur, als ſich einmal als Schuſter und Schneider zu verſuchen, um an Stiefeln und Kleidern inne zu werden, was ſie an der Jurisprudenz nicht gelernt haben: nämlich, daß die einfachſte Kunſt ihre Technik hat, eine Technik, die zwar nichts iſt als der angeſammelte und objectivirte Niederſchlag des geſunden Menſchenverſtandes, die aber doch gleichwohl nur von demjenigen angewandt und beurtheilt werden kann, welcher ſich die Mühe nimmt, ſie zu erlernen.

In dieſem einfachen Satz iſt die Gegenſätzlichkeit der Jurisprudenz und des Laienthums und damit die Rechtfertigung der Jurisprudenz enthalten. Eine ungleich intereſſantere und fruchtbarere, aber auch um eben ſo viel ſchwierigere Weiſe der Vertheidigung der Jurisprudenz würde darin beſtehen, daß man jene von uns behauptete Uebereinſtimmung derſelben mit dem geſunden Menſchenverſtande im Einzelnen nachwieſe. An einer ſolchen Selbſtkritik und Apologetik der Jurisprudenz fehlt es uns zur Zeit noch gänzlich. Zufrieden mit dem feſten Beſitz deſſen, was ſich durch die Erfahrung als brauchbar bewährt hat, und ſich beruhigend bei der Probe, die ihre Lehrſätze täglich beſtehen, hat die Jurisprudenz ſich dieſer ſchwierigen Aufgabe nur zu gern entſchlagen, und man kann ſie in dieſer Beziehung von dem Vorwurf einer gewiſſen Indolenz und eines ſich beim Hergebrachten beruhigenden Quietismus nicht frei ſprechen. Nur ſo ward es möglich, daß einzelne ihrer Jünger an ihr ſelber irre wurden und den Stein auf ſie warfen. Die folgenden Paragraphen werden

uns die Gelegenheit verschaffen, die obige Definition der Jurisprudenz an einem der wichtigsten Punkte zu erproben und damit letztere zu rechtfertigen.

Bei meiner Behauptung darf man aber ein Doppeltes nicht außer Acht lassen. *Erstens*: daß dieselbe sich nur auf die *Jurisprudenz* bezieht, also nur auf das, was *sie* eingeführt und aufgebracht, nicht aber auf das, was eine äußere Autorität ihr an positivem Stoff aufgedrungen hat, und wofür *sie* die Verantwortlichkeit von sich ablehnen darf, noch weniger aber auf individuelle Ansichten einzelner Juristen, deren Uebereinstimmung mit der gesunden Vernunft freilich mitunter mehr als zweifelhaft, vielleicht auch von ihren Urhebern gar nicht einmal beansprucht worden ist! Die gesunde Kritik des praktischen Lebens richtet die ungesunden Ansichten einfach dadurch, daß sie dieselben ignorirt.

Zweitens: die Zweckmäßigkeit oder Nothwendigkeit des *Einzelnen* liegt, wie überall, so auch hier nicht bloß in ihm selbst, sondern in dem Zusammenhange desselben mit dem Ganzen, kann mithin auch nur aus letzterem begriffen und nachgewiesen werden. Gerade dadurch entsteht so leicht und so häufig der Schein der Unvernünftigkeit oder Zweckwidrigkeit des Einzelnen, daß der Urtheilende jenen Zusammenhang nicht kennt und daher in aller Unbefangenheit von der Annahme ausgeht, als verstatteten die einzelnen Punkte eine isolirte Beurtheilung. Wäre diese Annahme eine richtige, so würde die Entscheidung, welche die Jurisprudenz getroffen, nicht so häufig von der, welche der Laie für die sachgemäße hält, divergiren. Aber eben weil sie es nicht ist, weil beide auf ganz verschiedenen Standpunkten stehen, *kann* nicht bloß, sondern *muß* so häufig eine solche Divergenz eintreten. Darum ist es oft kaum möglich, einem Laien die Vernünftigkeit eines einzelnen Satzes begreiflich zu machen, denn ihm fehlt gerade das, woran man anknüpfen müßte, die Kenntniß der Mittelglieder zwischen dem angefochtenen Satz und seinem letzten Grunde, die Anschauung des Ganzen und damit die Einsicht in die Logik des Zusammenhanges.

II. Theorie der juriſtiſchen Technik.

1. Die Aufgabe der Technik und die Mittel zu ihrer Löſung im Allgemeinen.

Die Verwirklichungsfrage im Recht — die Aufgabe und die Mittel zur Löſung, namentlich die Technik — die beiden techniſchen Intereſſen — die Praktikabilität des Rechts.

XXXVIII. Das Recht iſt dazu da, daß es ſich verwirkliche. Die Verwirklichung iſt das Leben und die Wahrheit des Rechts, iſt das Recht ſelbſt. Was nicht in Wirklichkeit übergeht, was bloß in den Geſetzen, auf dem Papiere ſteht, iſt ein bloßes Scheinrecht, leere Worte, und umgekehrt was ſich verwirklicht als Recht, iſt Recht, auch wenn es in den Geſetzen nicht zu finden, und Volk und Wiſſenſchaft ſich deſſen noch nicht bewußt geworden ſind (Bd. 1. S. 29 flg.).

Nicht alſo der abſtracte Inhalt der Geſetze entſcheidet über den Werth eines Rechts, nicht die Gerechtigkeit auf dem Papiere und die Sittlichkeit in den Worten, ſondern die Objectivirung des Rechts im Leben, die Thatkraft, mit der das, was als nothwendig erkannt und ausgeſprochen iſt, ausgeführt und durchgeſetzt wird.

Es kommt nun aber nicht bloß darauf an, daß das Recht ſich verwirkliche, ſondern auch darauf, wie es geſchieht. Was nützt die Sicherheit und Unausbleiblichkeit der Verwirklichung, wenn letztere ſo ſchwerfällig und langſam von Statten geht, daß der Mann erſt zu ſeinem Recht gelangt, wenn er im Grabe liegt?

Können wir dies „Wie“ ſchlechthin beſtimmen? Ich glaube, allerdings. Bei der Frage von der Verwirklichung des Rechts handelt es ſich nicht um etwas Materielles, ſondern um etwas rein Formelles. Wie verſchieden auch der materielle Inhalt der einzelnen Rechte ſein möge, die Verwirklichung derſelben kann und ſoll überall eine gleiche ſein, es gibt in dieſer Beziehung ein abſolutes Ideal, dem jedes Recht nachzuſtreben hat. Worin be-

ſteht daſſelbe? Meinem Dafürhalten nach können wir es auf eine doppelte Anforderung zurückführen. Die Verwirklichung ſoll ſein einerſeits eine *unausbleibliche*, mithin ſichere, gleichmäßige, andererſeits eine *leichte und raſche*.

Fragen wir, wie die Wirklichkeit dieſen Anforderungen entſpricht, ſo finden wir zwiſchen den poſitiven Rechten eine große Verſchiedenheit. Hier ein einfaches, rohes materiell höchſt unvollkommnes Recht, aber eine raſche, ſichere Art ſeiner Verwirklichung: eine knappe, ſtrenge Form des Prozeſſes; dort ein völlig ausgewachſenes, bis ins Kleinſte durchgebildetes Recht, die reife Frucht des Alters, aber Prozeſſe, die nicht enden wollen — ein Reichthum, der zur Laſt, eine Gründlichkeit, die zum Fluch wird. Man könnte geneigt ſein, dieſen Gegenſatz an die Altersſtufen der Rechte anzuknüpfen, in jener Leichtigkeit und Schnelligkeit nur eine natürliche Folge der Einfachheit, in dieſer Schwerfälligkeit eine natürliche Folge der Weitſchichtigkeit und Complicirtheit der Rechtsverhältniſſe zu erblicken. Allein dies wäre verkehrt. Nicht als ob ich den nachtheiligen Einfluß des extenſiven und intenſiven Wachsthums der Rechte auf die Leichtigkeit und Schnelligkeit der Operation der Rechtsanwendung in Abrede ſtellen wollte; je ſchwerer die Laſt, deſto ſchwerer iſt ſie zu heben und zu bewältigen, das gilt von körperlichen wie von geiſtigen Dingen. Allein andererſeits iſt es doch möglich, den nachtheiligen Einfluß dieſes *natürlichen* Moments des Wachsthums durch die *Kunſt* zu verringern und auszuſchließen, und das eben iſt die Aufgabe derjenigen Kunſt, die wir hier zu betrachten haben: der *juriſtiſchen*. Dieſe Kunſt hält aber mit der materiellen wiſſenſchaftlichen Durchbildung des Rechts keineswegs immer gleichen Schritt. Erfolgt letztere vorzugsweiſe durch die Theorie im heutigen Sinn d. h. einen gelehrten Juriſtenſtand, der nur ſchreibt und lehrt, das Recht nur *darſtellt*, ohne es *anzuwenden*, ſo vergißt die *Wiſſenſchaft* nur zu leicht, daß ſie auch *Kunſt* ſein ſoll, d. h. daß es mit den Begriffen und Rechtsſätzen, die ſie auf dem Wege der wiſſenſchaftlichen Operation

mittelſt Interpretation, Conſtruction, logiſcher Conſequenz, Abſtraction gewinnt, allein noch nicht gethan iſt, ſondern daß dieſelben, um im Leben Anwendung finden zu können, auch den Bedingungen deſſelben entſprechen müſſen, und es tauchen dann Anſichten und Theorien auf — höchſt ſcharfſinnig, höchſt gelehrt! — die ihr Daſein nur an der Stelle friſten können, an der ſie es erhalten haben: auf dem Katheder — bei dem Verſuch, ſich auch einmal ins Leben hinein zu wagen, aber ſofort documentiren, daß ſie die rauhe Luft deſſelben nicht vertragen können — Kathederjurisprudenz, ein Baſtard der Gelehrſamkeit mit dem Recht!

Indem wir uns nun im Folgenden der juriſtiſchen Kunſt zuwenden, wollen wir uns zunächſt der Gründe bewußt werden, die über die Verwirklichungsfrage beim Recht (nicht bloß über die Raſchheit und Leichtigkeit der Anwendung, ſondern über die Löſung der Aufgabe überhaupt) entſcheiden. Welche Gründe, Einflüſſe, Vorausſetzungen u. ſ. w. ſind für dieſelbe maßgebend? Dieſelben liegen theils in, theils außer dem Recht. Zur letzteren Claſſe gehört die intellektuelle und ſittliche Culturſtufe des Volks, die Entwicklung der Staatsidee und der Staatsgewalt, die ſociale Gliederung des Volks, das Machtverhältniß der einzelnen Claſſen, vor allem aber die moraliſche Kraft, deren ſich der Gedanke des Rechts bei dieſem Volke erfreut ob die Gerechtigkeit dem Volk als etwas Hohes und Heiliges erſcheint, oder als ein Gut, wie jedes andere. Von der Energie des Gerechtigkeitsgefühls im Volk hängt im weſentlichen die Unpartheilichkeit, Integrität u. ſ. w. des Richterſtandes ab. Bei einem Volk, dem die Gerechtigkeit als etwas Heiliges gilt, wird auch der Richterſtand unbeſtechlich und pflichtgetreu ſein — wie das Volk, ſo die Richter. Zu der erſten Claſſe von Gründen, die in dem Recht ſelbſt liegen, gehören theils die Organiſation der Behörden (die Gerichtsverfaſſung) ſowie die Form des Verfahrens (der Prozeß), theils die Beſchaffenheit des materiellen Rechts. Dieſer letzte Punkt bezeichnet uns das Gebiet, auf dem die juriſtiſche Technik vorzugsweiſe thätig wird.

Daß der materielle Inhalt des Rechts vom größten Einfluß auf deſſen Verwirklichung iſt, bedarf auch für den Laien keiner Bemerkung. Unmögliche Beſtimmungen ſcheitern an ihrer eigenen Unausführbarkeit, und Geſetze, welche mit dem Geiſt der Zeit in Widerſpruch ſtehen, mögen ſie hinter der Zeit zurück oder ihr voraus ſein, können des hartnäckigſten Widerſtandes gewiß ſein. Von dieſer materiellen Angemeſſenheit wird im Folgenden nicht gehandelt werden; — der Juriſt hat über ſie keine Macht, die Frage gehört nicht zur Technik des Rechts. Die Angemeſſenheit des Rechts, welche letztere herzuſtellen die Aufgabe hat, und mit der wir uns im Folgenden allein beſchäftigen, iſt rein formaler Art. Sie liegt beſchloſſen in der Frage: wie ſoll das Recht, ganz abgeſehen von ſeinem Inhalt, eingerichtet und geſtaltet ſein, damit es durch die Art ſeines Mechanismus die Anwendung der Rechtsſätze auf den concreten Fallmöglichſt vereinfache, erleichtere, ſichere?

Der ſ. g. geſunde Menſchenverſtand wird keine andere Antwort darauf haben als: klare, beſtimmte und detaillirte Abfaſſung der Geſetze; die Antwort, welche die Jurisprudenz d. h. die Erfahrung in Dingen des Rechts darauf ertheilt, lautet anders. Daß jene Eigenſchaften, ſo wenig ich ſie im übrigen gering ſchätzen will, nicht ausreichen, läßt ſich leicht erweiſen. Was nützen die genaueſten und ausführlichſten Geſetze, wenn der Richter, wie dies z. B. in der ſpätern Kaiſerzeit in Rom und heutzutage in England der Fall, ſie mit dem beſten Willen kaum zu bewältigen vermag? Was ferner die ſchärfſten Begriffsbeſtimmungen und Unterſcheidungen, wenn die Anwendung auf den einzelnen Fall mit den größten Schwierigkeiten zu kämpfen hat, weil es dem Geſetze, um einen früheren Ausdruck zu gebrauchen (B. 1 S. 51) an der formalen Realiſirbarkeit gebricht?

Die Frage, um die es ſich handelt, iſt eine reine Frage der Zweckmäßigkeit, und die ganze Theorie der Technik iſt nichts als die erkannte und befolgte Zweckmäßigkeit in Bezug auf die Löſung der obigen Aufgabe. Aber ſo leicht es iſt ſich hiervon zu über-

zeugen, nachdem die Löſung gefunden, ſo täuſche man ſich nicht über die Schwierigkeiten der Aufgabe. Wir haben es hier mit einem Problem zu thun, für deſſen Bewältigung es der unausgeſetzten Arbeit von Jahrhunderten bedurfte, einer Arbeit, die weit über die Zeiten der eigentlichen Wiſſenſchaft im Recht zurückragt in die Vergangenheit. *Die Technik des Rechts iſt nicht erſt mit der Jurisprudenz in die Welt gekommen.* Längſt vor aller Wiſſenſchaft hat ſich bereits der juriſtiſche Inſtinkt in dunkler Ahnung des Richtigen an der Aufgabe verſucht; mit welchem Erfolg, davon legt das ältere römiſche Recht beredtes Zeugniß ab. Die *Kunſt* iſt auch auf dem Gebiete des Rechts früher als die *Wiſſenſchaft*, denn die Kunſt verträgt ſich mit dem Ahnen, dem bloßen Gefühl oder Inſtinkt, während die Wiſſenſchaft erſt mit dem Erkennen beginnt.

Die techniſche Unvollkommenheit des Rechts iſt nicht bloß eine partielle Unvollkommenheit, eine Vernachläſſigung einer einzelnen *Seite* des Rechts. *Techniſche Unvollkommenheit iſt Unvollkommenheit des ganzen Rechts*; ein Mangel, der das Recht überall in allen ſeinen Zwecken und Zielen hemmt und beeinträchtigt. Was hilft das Wollen und Setzen der höchſten ethiſchen Anforderungen, was die würdigſte Erfaſſung der Idee der Freiheit, Gerechtigkeit u. ſ. w. in Form geſetzlicher Beſtimmungen, wenn die Verwirklichung dieſer Ideen am concreten Rechtsverhältniß aus dem Grunde mangelhaft, ſchwerfällig, ungleichmäßig ausfällt, weil es der Technik an der manuellen Geſchicklichkeit fehlt, das Abſtracte, ſo wie es ſich gehört, in Wirklichkeit umzuſetzen? Darum hat die Technik mittelbar auch eine ethiſche Bedeutung, und die praktiſche Jurisprudenz, indem ſie bei der techniſchen Geſtaltung des Stoffs auch das Kleinſte mit äußerſter Sorgfalt behandelt, darf ſich rühmen durch Vervollkommnung der Technik des Rechts für das Höchſte und Größte thätig zu ſein; ihre niedere und unſcheinbare Arbeit fördert letzteres in Wirklichkeit oft mehr als die tiefſinnigſte Gedankenarbeit.

Die bisherigen Bemerkungen über die Technik habe ich ge-

glaubt vorausschicken zu dürfen, bevor wir uns über den Ausdruck selber verständigt haben. Ich gebrauche letzteren in einem doppelten Sinn, in einem subjectiven und objectiven. In jenem verstehe ich darunter die juristische Kunst, deren Aufgabe die formale Vollendung des gegebenen Rechtsstoffs in dem oben angegebenen Sinn ist, kurz die technische Methode; in diesem die Verwirklichung dieser Aufgabe am Recht selbst, also den entsprechenden technischen Mechanismus des Rechts. Aehnlich gebraucht ja die Sprache auch den Ausdruck Mechanik von der Kunst und von dem durch die Kunst bewerkstelligten Mechanismus.

Ein Nachtheil ist von dieser zwiefachen Bedeutung des Ausdrucks nicht zu befürchten, die Einsicht des Lesers wird es mir ersparen durch einen eigenen Zusatz anzugeben, welche von beiden Bedeutungen jedesmal gemeint ist.

Die gesammte Thätigkeit der juristischen Technik läßt sich auf zwei Hauptzwecke zurückführen. Wer das Recht mit Sicherheit anwenden will, muß dasselbe zunächst sich aneignen, es geistig beherrschen. Diese Aneignung kann ihm durch die Beschaffenheit des Rechts sehr erleichtert und sehr erschwert werden. Die Erleichterung dieser Arbeit mittelst der möglichsten quantitativen und qualitativen Vereinfachung des Rechts ist die eine der beiden Hauptaufgaben der Technik; mit welchem Erfolg und mit welchen Mitteln sie dieselbe zu lösen vermag, wird die folgende Darstellung zeigen. Die zweite Aufgabe derselben ist gegeben durch den Zweck der Anwendung des Rechts auf den concreten Fall. Die Fertigkeit der Anwendung ist allerdings vorzugsweise Sache des Subjects, sie ist eine Kunst, die nur durch Uebung zu erlernen ist, allein auch in Bezug auf sie kann das Recht selber durch eine entsprechende Gestaltung der Rechtssätze die Aufgabe außerordentlich erleichtern sowie durch eine verkehrte sie sehr erschweren. Die Bestimmung Justinians z. B. über das Erbrecht der „armen" Wittwe oder über die „den Reichen" erlaubten Einsätze beim Spiel ist das Muster eines Gesetzes, wie es

nicht ſein ſoll — denn beide Begriffe ſind völlig unbeſtimmt, und es iſt unvermeidlich, daß der eine Richter dieſelben ſo, der andere anders anwendet. Dagegen iſt die Anwendung aller Geſetze, welche eine beſtimmte Zahl enthalten (z. B. über die Altersſtufen, Verjährung, große Schenkung, großen Diebſtahl) höchſt leicht. Die Aufgabe der Geſetzgebung ſowohl wie der Jurisprudenz beſteht nun darin, Begriffe, welche ſich der ſichern Anwendung entziehen, in eine ſolche Geſtalt zu bringen, welche dieſelbe ermöglicht, den Begriff aus der Sprache des Rechtsphiloſophen, wenn ich ſo ſagen darf, in die des Geſetzgebers zu überſetzen. Der rechtsphiloſophiſche Gedanke der Mündigkeit iſt Reife der Verſtandesentwicklung, der Volljährigkeit Reife des Charakters, aber für die praktiſche Anwendung iſt dieſer Gedanke ungeeignet, an ſeine Stelle tritt die Zahl — was an Wahrheit oder Correctheit des Gedankens verloren geht, wird an praktiſcher Anwendbarkeit deſſelben gewonnen. Vortrefflich iſt dieſe Differenz der abſtract philoſophiſchen und der praktiſch juriſtiſchen Faſſung eines und deſſelben Gedankens erkannt von Cicero de off. III 17: Aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias; leges, quatenus manu tenere possunt, philosophi, quatenus ratione et intelligentia. Dieſe Rückſicht auf die letztere Eigenſchaft: die formale Realiſirbarkeit des Rechtsſatzes, wie ich ſie früher (Bd. 1 S. 51) genannt habe, oder beſſer der Geſichtspunkt der Praktikabilität des Rechts iſt die zweite Hauptaufgabe der Technik. In welchem Maße ſie auf die Geſtaltung der Rechtsſätze zurückwirkt, wird ſchon aus den wenigen angegebenen Beiſpielen erhellen; einer weiteren Ausführung dürfen wir uns hier überheben, da wir den Punkt ſchon an der obigen Stelle behandelt haben.

So verbleibt uns denn für die folgende Betrachtung nur das erſte der beiden genannten techniſchen Probleme: die quantitative und qualitative Vereinfachung des Rechts.

Die Erkenntniß und ſubjective Aneignung des Rechts iſt theils Sache des Verſtandes, theils Sache des Gedächtniſſes, und je nach Beſchaffenheit der Rechte iſt das Maß des erforderlichen Aufwandes der einen oder andern Geiſteskraft ein verſchiedenes. Es gibt Rechte, die mehr den Verſtand als das Gedächtniß, andere, die mehr das Gedächtniß als den Verſtand in Anſpruch nehmen, Rechte ferner, bei denen die Arbeit für beide eine relativ leichte, andere, bei denen ſie eine ungemein ſchwierige iſt. Im allgemeinen wird ſich die Anſtrengung des Gedächtniſſes nach dem quantitativen, die des Verſtandes nach dem qualitativen Verhalten der Rechte beſtimmen.

Die Leichtigkeit oder Schwierigkeit der ſubjectiven Aneignung des Rechts hat aber nicht ein bloß *ſubjectives* Intereſſe, ſondern mit letzterem trifft hier ein *objectives* d. h. das der Rechtspflege genau zuſammen. Je mehr das Recht dem, der es anzuwenden und mithin zu erlernen hat, durch ſeine Weitſchichtigkeit die Ueberſicht, durch ſeine Dunkelheit und Unbeſtimmtheit das richtige Verſtändniß erſchwert, um ſo unvollkommener wird, wenn wir im übrigen auf Seiten des Subjects daſſelbe Maß der Kräfte und der Anſpannung derſelben vorausſetzen, die Anwendung des Rechts ſelber ausfallen. Das Intereſſe des Richters und des Verkehrs gehen hier Hand in Hand, und es iſt mithin eine Frage von äußerſter praktiſcher Wichtigkeit, ob und wie es ſich erreichen läßt, die ſubjective Aneignung des Rechts dem Juriſten in einer Weiſe zu erleichtern, daß auch bei der reichſten extenſiven und intenſiven Entwicklung des Rechts das gewöhnliche Maß von Kraft und Fleiß zur Bewältigung der Aufgabe ausreiche.

Das Mittel zur Erreichung dieſes Zwecks beſteht in der *quantitativen und qualitativen Vereinfachung des Rechts*. In dieſer Formel iſt dem Juriſten die geiſtige Herrſchaft über das Recht gegeben, in ihr läßt ſich die ganze Aufgabe der juriſtiſchen Technik nach *dieſer* Seite hin zuſammenfaſſen.

I. *Die quantitative Vereinfachung*. Sie bezweckt

eine Verringerung der Maſſe des Stoffs, ſelbſtverſtändlich unbeſchadet der mit demſelben zu gewinnenden Reſultate. Ihr Geſetz iſt: mit möglichſt wenig möglichſt viel auszurichten; je geringer das Material, um ſo leichter und ſicherer läßt es ſich handhaben.

Ich nenne dies das Geſetz der Sparſamkeit und erblicke darin eins der Lebensgeſetze aller Jurisprudenz. Eine Jurisprudenz, welche dieſes Geſetz nicht begriffen hat, d. h. die es nicht verſteht mit dem Material zu ökonomiſiren, wird von der anſchwellenden Maſſe des Stoffs zu Boden gedrückt und erliegt ihrem eigenen Reichthum. Für das richtige Verſtändniß der altrömiſchen Technik iſt die Kenntniß dieſes Geſetzes geradezu unentbehrlich. Den großen Umfang ſeines Verwirklichungsgebiets veranſchaulichen folgende techniſche Operationen, von denen die beiden erſten in den folgenden Paragraphen einer genaueren Erörterung unterzogen werden ſollen:

1. Die Zerſetzung des Stoffs oder die Reduction deſſelben auf ſeine einfachen Grundbeſtandtheile (§. 39).
2. Die logiſche Concentration des Stoffs (§. 40).
3. Die ſyſtematiſche Anordnung des Stoffs, welche hier mit wenig Worten abgethan werden mag.

Die ſyſtematiſche Claſſification enthält in jeder Wiſſenſchaft keine bloß locale Diſtribution der Maſſe, keine bloße durch Zweckmäßigkeitsrückſichten beſtimmte Ortsanweiſung für das Einzelne, um es mit leichter Mühe wieder zu finden, ſondern ſie enthält eine mit der äußerſten Breviloquenz ausgedrückte Ontologie der ſpeciellen Wiſſenſchaft, d. h. eine in Form einer Tabelle erſtattete Auskunft über das, was jeder einzelne Gegenſtand oder Begriff iſt, und wie er mit dem Geſammtorganismus der Wiſſenſchaft zuſammenhängt — die Stammtafel der Begriffe. In dem kahlen Skelett, das uns eine Wiſſenſchaft in ihrer Syſtematik darbietet, ſteckt in unſcheinbarſter Geſtalt eine Energie des

Denkens, eine Concentration des reichſten Inhalts auf kleinſtem Raum, wie in nichts anderem.

Gegenüber einer namentlich unter praktiſchen Juriſten vielverbreiteten Anſicht, als ob die ſyſtematiſche Frage im Recht ein rein formales oder theoretiſches Intereſſe habe, kann ich die hohe praktiſche Bedeutung derſelben nicht genug hervorheben. Das Intereſſe der richtigen ſyſtematiſchen Stellung eines Inſtituts iſt kein anderes als das der richtigen materiellen Erkenntniß und Darſtellung deſſelben. Wer irgend einen Gegenſtand falſch claſſificirt, z. B. einen Vogel zu den Säugethieren ſtellt, ſagt damit von dem Gegenſtand etwas materiell Falſches aus, und dieſer Eine Irrthum kann die Quelle von unzähligen anderen werden. Syſtematiſche Verſehen ſind daher nicht harmloſe, unſchuldige Irrthümer, ſondern ſie gehören zu den gefährlichſten, die es gibt, und die Sorgfalt, welche die Theorie auf die ſyſtematiſche Frage verwendet, iſt im höchſten Grade gerechtfertigt. Es würde in meinen Augen ein höchſt ergibiges und dankbares Thema ſein, eine Geſchichte der Irrthümer zu liefern, die lediglich aus einer falſchen ſyſtematiſchen Stellung hervorgegangen ſind. Jeder ſyſtematiſche Fehler iſt das Product und zugleich die Quelle einer mangelhaften Erkenntniß des Gegenſtandes, ein falſcher Wegweiſer, und ſo lange die Wiſſenſchaft noch die rechte ſyſtematiſche Stelle für den Gegenſtand nicht gefunden, hat ſie ihn auch noch nicht recht begriffen, denn begreifen heißt nicht, den Gegenſtand bloß an und für ſich erfaſſen, ſondern auch in ſeinem Zuſammenhange mit andern.

4. Die juriſtiſche Terminologie.

Es iſt begreiflicherweiſe nicht dieſes Orts, die Nothwendigkeit und den hohen Werth einer richtig ausgebildeten d. h. ſcharf ausgeprägten und reich entwickelten Kunſtſprache für die Wiſſenſchaft auseinander zu ſetzen, den Nachweis zu führen, in welchem Maße die Beſtimmtheit, Sicherheit und Raſchheit des wiſſenſchaftlichen Denkens durch ſie bedingt iſt; wir beſchränken uns lediglich auf den Dienſt, den ſie dem Juriſten in Bezug auf den

oben genannten Zweck gewährt. Nun iſt es zwar klar, daß der Kunſtausdruck den Gedanken oder Inhalt, den er bezeichnen ſoll, um nichts einfacher macht, als er an ſich iſt, allein er bringt ihn in eine Form, die den Gebrauch deſſelben unendlich vereinfacht und erleichtert. Mit einem einzigen Kunſtausdruck erſparen wir uns hundert Worte;[481]) ſo lange der Kunſtausdruck für eine eigenthümliche wiſſenſchaftliche Wahrheit oder Anſchauung noch fehlt, fehlt ihr daſſelbe, was dem Stück Metall, bevor es geprägt wird: die Fähigkeit als Münze zu courſiren. Die Sache allein thut es nicht, es gehört der Name dazu; auch in der Wiſſenſchaft muß der Geburt die Taufe folgen — wo der Name fehlt, ſpricht die Vermuthung dafür, daß auch die Sache oder wenigſtens das Bewußtſein derſelben fehle. Eine Ausartung der Terminologie iſt die bloße Nomenklatur, welche auch das Werthloſe mit Namen verſieht — eine Richtung, welche bekanntlich in unſerer Wiſſenſchaft vor noch nicht langer Zeit recht einheimiſch war; ſo gerechtfertigt der Widerſtand gegen ſie iſt, ſo unberechtigt iſt er gegen die Terminologie als ſolche, ſelbſt wenn letztere ſich hergebrachter Fremdwörter bedient.[482])

481) Wie vieler Worte würde es z. B. bedürfen, um den Satz: die Evictionsleiſtung erſtreckt ſich nicht auf necessariae impensae, in die Sprache des Laien zu überſetzen.

482) Der Eifer gegen die juriſtiſche Terminologie, das Verlangen, daß die Jurisprudenz ſich möglichſt der Ausdrücke des gewöhnlichen Lebens bedienen ſolle, um dem Laien das Verſtändniß des Rechts zu erleichtern, beruht auf einem frommen Wahn. Ob man für die lateiniſchen Ausdrücke: culpa, dolus u. ſ. w. deutſche wählt, gewährt dem Bürger und Bauern für das Verſtändniß des Rechts keine Erleichterung, es handelt ſich nicht um das Verſtändniß von Ausdrücken, ſondern von Begriffen, und ſo wenig der Bauer eine algebraiſche Formel darum verſteht, weil ſie mit gewöhnlichen Buchſtaben, Zahlen u. ſ. w. geſchrieben iſt, ebenſowenig verſteht er unſere juriſtiſchen Formeln, wenn wir ſtatt culpa Schuld, dolus Betrug u. ſ. w. ſagen. Daß aber die Ausdrücke einer todten Sprache für die Terminologie vortheilhafter ſind, als die einer lebendigen, bedarf ſchwerlich eines Nachweiſes. Der Sinn, in dem die Wiſſenſchaft die Worte der Mutterſprache gebraucht, wird und muß nothwendigerweiſe oft ein anderer ſein, als in dem das Leben ſie nimmt, ſchon darum weil die Bedeutung des Ausdrucks im Leben ſich nicht ſelten

5. Die Kunst der geschickten Verwendung des Vorhandenen (die juristische Oekonomie) (§. 56—59).

II. Die qualitative Vereinfachung des Rechts. Die Leichtigkeit und Schwierigkeit der Auffassung und Aneignung eines Gegenstandes bestimmt sich nicht bloß nach dem quantitativen Moment, nach der Ausdehnung und dem Umfang des Stoffes, sondern ebenso sehr nach dem qualitativen, nach der innern Ordnung, Symmetrie, Einheit des Gegenstandes. Qualitativ einfach ist das Recht, wenn es wie aus Einem Gusse ist, wenn die Theile unter sich scharf begränzt und geschieden sind und dennoch sich harmonisch zu Einer Einheit zusammenfügen, wenn also das Auge den Theil ebenso leicht wie das Ganze erfassen kann. Wodurch die Jurisprudenz dies erreicht, wird in dem Abschnitt über juristische Construction (§. 41) gezeigt werden.

Es sollen jetzt drei der oben genannten Operationen: die Analyse, Concentration und Construction näher erörtert werden. Dieselben greifen im Einzelnen allerdings vielfach ineinander über, allein dennoch ist eine Unterscheidung derselben im Begriff nicht bloß möglich, sondern zum Zweck der gesonderten Darstellung absolut nothwendig. Es verhält sich damit ähnlich, wie mit der Unterscheidung der verschiedenen Geistesvermögen. Von letzteren arbeitet nie eine einzelne Kraft für sich allein, oder richtiger, die verschiedenen Kräfte, die wir annehmen, sind nur eben so viele Seiten und Richtungen einer und derselben Kraft, allein dennoch ist, um sich diese Verschiedenheit zum Bewußtsein zu bringen, eine Trennung und abgesonderte Darstellung derselben unerläßlich. In diesem Sinn bitte ich auch die Unterscheidung jener drei Operationen aufzufassen.

ändert, während die Wissenschaft bei der bisherigen verbleiben muß, so wie umgekehrt auch das Leben sich durch die Begriffsbestimmung der Wissenschaft nicht wird abhalten lassen, den Ausdruck in einem andern Sinn zu nehmen. Die Sprache der Wissenschaft und des Lebens sind vielfach zwei verschiedene Sprachen.

II. Die drei Fundamental-Operationen der juriſtiſchen Technik.

1. Die juriſtiſche Analyſe (das Rechtsalphabet).

Der einfache Rechtskörper — localiſirende und abſtracte Rechtsproduction — hiſtoriſche Erſcheinung des Abſtracten im Concreten (die Durchbruchspunkte; analoge Ausdehnung) — die Buchſtaben des Rechts — Vergleichung des Alphabets des Rechts mit dem der Sprache.

XXXIX. Eine der großartigſten, fruchtbarſten und doch zugleich einfachſten Entdeckungen, die der menſchliche Geiſt je gemacht hat, iſt das Alphabet. Vierundzwanzig Zeichen geben uns die Herrſchaft über einen unerſchöpflichen Schatz, und die Handhabung dieſes Mittels iſt in dem Maße leicht und einfach, daß die Operationen des Fixirens der Worte durch Zeichen und die Entzifferung der Zeichen: das Schreiben und Leſen, ſelbſt einem Kinde begreiflich gemacht und von ihm bis zur größten Vollkommenheit erlernt werden können. Ohne das Alphabet würde eine ſolche Herrſchaft über die Sprache ſelbſt der höchſten Kraft und der äußerſten Anſtrengung nicht erreichbar ſein, Leſen und Schreiben würden für die ſchwierigſten aller Künſte und Wiſſenſchaften gelten.

Das Alphabet enthält für das Gebiet der Sprache die Löſung einer Aufgabe, die wir oben für das Recht als das Hauptproblem der Technik bezeichnet haben: die Erleichterung der Herrſchaft über den Stoff durch Vereinfachung deſſelben, und es liegt daher ſehr nahe zu fragen, ob nicht dieſelbe Weiſe der Löſung auch hier anwendbar, d. h. ob nicht die Idee des Alphabets auf das Recht übertragbar ſei. Die Idee des Alphabets aber beruht auf Zerſetzung, Zurückführung des Zuſammengeſetzten auf ſeine Elemente, das Alphabet iſt aus der Beobachtung hervorgegangen, daß die Sprache ihren ganzen Reichthum an Worten durch eine verſchiedene Combination gewiſſer Grundlaute gebildet hat, und daß mithin die Entdeckung und Bezeichnung dieſer Grundlaute

ausreicht, um mit und aus ihnen jedes beliebige Wort zuſammenzuſetzen. Müßte der Geſetzgeber für jedes Rechtsverhältniß oder jede beſondere Geſtaltung eines ſolchen eine Regel aufſtellen, es würde der Stoff uns nicht bloß durch ſeine Maſſenhaftigkeit erdrücken, ſondern uns gleichwohl noch täglich im Stich laſſen, da in derſelben Weiſe, wie der Fortſchritt des Denkens jeder Zeit neue Worte, ſo auch der der Verkehrsbewegung neue Rechtsverhältniſſe oder eigenthümliche Complicationen derſelben hervorbringt.

Glücklicherweiſe iſt aber dies Neue nur zum kleinſten Theil wirklich neu, zum bei weitem größten Theil kehren in demſelben nur vorhandene Größen wieder, die ſich nur eigenthümlich verbunden oder geſtaltet haben; das Neue iſt nur eine Combination oder Modification gewiſſer Grundbegriffe, der einfachen Elemente des Rechts. Auch für das Recht alſo beruht die Möglichkeit der verhältnißmäßig leichten Beherrſchung eines ſcheinbar unerſchöpflichen Stoffes auf derſelben Procedur wie bei der Sprache: der Zerſetzung und Auflöſung des Stoffs in ſeine einfachen Elemente, und es bewährt ſich hier die Bemerkung, die wir früher (S. 27) Gelegenheit hatten zu machen, daß das Weſen des Rechts in dem Zerſetzen, Scheiden, Trennen beſteht. Die juriſtiſche Technik, der es zukommt, dieſe Aufgabe zu löſen, läßt ſich daher nach dieſer Richtung als die Chemie des Rechts bezeichnen, als die juriſtiſche Scheidekunſt, welche die einfachen Elemente des Rechts aufzufinden hat.

In welcher Weiſe geſchieht dieſe Zerſetzung, wie iſt ſie möglich? Ich hoffe dies bereits an dieſer Stelle klar machen zu können, will jedoch bemerken, daß dieſer Gegenſtand erſt bei Gelegenheit der juriſtiſchen Conſtruction ſein volles Licht erhalten kann.

Ich ſetze den Fall, daß eine Geſetzgebungscommiſſion bei Ausarbeitung des Obligationenrechts ſich zuerſt dem Kaufcontract zugewandt und dabei alle denkbaren Fragen, die im Leben bei ihm vorkommen können, entſchieden hat. Gelangt ſie ſpäter zu den übrigen Contracten, z. B. dem Tauſch-, Miethcontract, ſo wird ſich zeigen, daß neben ſolchen Fragen, die ſich ausſchließlich auf

letztern beziehen, auch solche wiederkehren, die bereits bei Gelegenheit des Kaufcontracts entschieden worden sind, z. B. die Frage über den Einfluß des Irrthums auf die Gültigkeit des Contracts, über die Folgen der Mangelhaftigkeit oder der Verzögerung der Leistung. Es wäre nun denkbar, daß man eine solche sich öfter wiederholende Frage mit Rücksicht auf die wirkliche oder vermeintliche Besonderheit des Verhältnisses jedes Mal von neuem und in anderer Weise entschiede. Unter dieser Voraussetzung würde das Gesammtmaterial, das zur Beantwortung der Einen Frage producirt worden wäre, sich von den einzelnen Verhältnissen nicht in der Weise trennen lassen, daß aus demselben eine für alle einzelnen Verhältnisse zutreffende allgemeine Theorie jener Frage gebildet werden könnte; wollte die Jurisprudenz es gleichwohl versuchen, so würde sie damit nichts weiter gewinnen als eine rein äußerliche, nutzlose Zusammenstellung, ein Aggregat abgerissener Bruchstücke ohne innere Einheit.

Eine solche rein localisirende Art der Behandlung von Seiten der Gesetzgebung ist aber in Wirklichkeit gar nicht zu befürchten; man wird erkennen, daß bei den verschiedenen Rechtsverhältnissen sich gewisse Fragen wiederholen, und nicht ohne Noth für sie bei dem einen eine andere Entscheidung treffen als bei dem andern. Das Moment der Allgemeinheit, das in den Dingen liegt, wird sich auch in den Rechtssätzen bewähren, und neben denjenigen Rechtssätzen, die in Wirklichkeit lokal d. h. dem einzelnen Institut: dem Kauf-, Tausch- und Miethcontract u. s. w. eigenthümlich sind, werden andere sich ergeben, die ihnen allen gemeinsam: abstracter Art sind. Die intellektuelle Operation, der sie ihre Auffindung und Aufstellung verdanken: die Abstraction des Allgemeinen enthält eine Anwendung der analytischen Methode, denn sie besteht in nichts anderem als in der Ausscheidung des Allgemeinen aus dem Einzelnen, der Zersetzung des Stoffs in seine allgemeinen und partikulären Bestandtheile. Ihr Zweck ist nicht möglichste Beseitigung des Individuellen und Ersetzung desselben durch allgemeine Gesichtspunkte,

ſondern im Gegentheil Klarſtellung deſſen, was in Wirklichkeit individuell und in Wirklichkeit allgemein iſt; ſie fördert dadurch eben ſo ſehr die richtige Auffaſſung des Einen wie des Andern. Zugleich aber verringert ſie damit das Volumen des Stoffes, indem ſie der mehrfachen Behandlung eines und deſſelben Gedankens an verſchiedenen Punkten des Syſtems vorbeugt.

Die Macht der Dinge ſetzt aber auch dieſer Richtung eine gewiſſe Gränze. Das praktiſche Bedürfniß (utilitas) wird es mitunter erheiſchen, daß die abſtracte Regel zu Gunſten eines beſonders eigenthümlich gearteten Verhältniſſes geopfert, die an ſich allgemeine Frage alſo in Anwendung auf dieſes Verhältniß local entſchieden werde. Dies iſt das jus singulare der Römer. Nicht das individuelle Recht ſchlechthin heißt ſo, alſo z. B. nicht die eigenthümlichen Grundſätze der Conſenſual-Verträge im Gegenſatz zu den Real-Contracten, ſondern nur die locale Abweichung von einem an ſich allgemeinen Princip (ratio juris).[494] Diejenigen Rechtsſätze, die ihrer Natur nach nothwendig local, weil durch die Individualität dieſer Species gegeben ſind, enthalten keine Abweichung von einem Allgemeinen, weil es für ſie kein Allgemeines gibt; ſie ſind ſpeciell, aber nicht ſingulär. Ebenſo wenig darf man von einem jus singulare ſprechen, wo der ganze Stoff von vornherein localiſirt iſt, wie z. B. bei den Friſten der Verjährung.

Die Jurisprudenz kann das Allgemeine nur abſtrahiren d. h. es herausholen, wo es iſt, aber ſie kann es nicht ſchaffen. Der Erfolg ihrer auf Gewinnung des Allgemeinen gerichteten Bemühungen iſt daher weſentlich davon abhängig, wie das Recht ſelber von vornherein angelegt iſt, ob in ihm, wie im römiſchen, von früh auf mehr eine centraliſirende, oder wie im deutſchen, eine localiſirende Richtung heimiſch geweſen iſt.

Auf jedem Gebiet der Erkenntniß erblickt und gewinnt der

494) L. 16 de leg. (1. 3) . . contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.

menschliche Geist früher das Concrete als das Abstracte. Darum erscheinen auch im Recht die concreten Partien d. h. die Rechtssätze für einzelne Rechtsverhältnisse historisch ungleich früher entwickelt als die abstracten Partien. Bevor letztere in ihrer wahren d. h. allgemeinen Form von der Gesetzgebung oder Wissenschaft erkannt und ausgesprochen wurden, haben sie nicht selten eine lange Vorgeschichte durchmachen, verschiedene Phasen zurücklegen müssen. Diese Entwickelungsgeschichte derselben gehört zu den interessantesten Erscheinungen auf dem Gebiete der Rechtsgeschichte, und es ist für uns um so nöthiger, dieselbe kennen zu lernen, als an ihr eine der wichtigsten Aufgaben und Operationen der juristischen Technik zu Tage tritt.

Die Erscheinung, die ich meine, und zu der uns die Geschichte nicht bloß des römischen, sondern eines jeden Rechts eine Reihe von Beispielen liefert, besteht darin, daß ein abstracter Gedanke ursprünglich erst in beschränkter Weise bei einem einzelnen Punkt, den ich den *historischen Durchbruchspunkt*[495]) desselben nennen möchte, zum Vorschein kommt und erst nach und nach die Ausdehnung und Ausbreitung erlangt, die ihm seiner Natur nach gebührt. Auch die Gedanken haben um ihre Existenz zu ringen und nicht selten sich jeden Fußbreit Landes mühsam zu erkämpfen. Erschienen sie gleich in ihrer ihnen dermaleinst beschiedenen Allgemeinheit, man würde sie nicht verstehen und sich ihnen widersetzen. Darum treten sie ursprünglich nur schüchtern und bescheiden in die Wirklichkeit und begnügen sich mit einem kleinen Gebiet, bis die Geister sich allmälig an sie gewöhnt, und sie selbst sich in irgend einem Punkte so festgesetzt und gekräftigt haben,

---

495) Nicht zu verwechseln mit dem Einfluß, den irgend ein besonderes Verhältniß, Interesse u. s. w. — das *historische Motiv* — auf die Hervorbringung eines *allgemeinen* Rechtssatzes ausüben kann. Als historisches Motiv der Einführung der Codicille wird uns die Abwesenheit genannt (pr. I. de codicill. 2. 25 . . propter magnas et longas peregrinationes), allein das Institut ward von vornherein nicht auf diese Voraussetzung beschränkt, es galt allgemein für Anwesende und Abwesende.

daß sie von dort aus weiter vorzudringen vermögen. Ihr Anspruch auf Allgemeinheit und damit die Inconsequenz, deren man sich durch ihre Beschränkung auf ein einzelnes Verhältniß schuldig macht, kann sich auf die Dauer der Wahrnehmung nicht entziehen, denn die Consequenz ist eine Macht, die langsam, aber sicher, die unbewußt, aber nicht minder wirksam im Geist fortarbeitet, die längst empfunden und gefühlt wird, bevor sie erkannt ist. Darum kommt auch für jene Gedanken unausbleiblich die Zeit, wo man fragt: warum gelten sie bloß hier, warum nicht auch in dem und jenem völlig gleichartigen Verhältniß, eine Zeit, wo Manchem die seitherige Beschränktheit ihrer Geltung nicht minder auffällig und verwunderlich erscheinen mag, als vor und zur Zeit ihrer Einführung einem Andern der Versuch, sie überhaupt, wenn auch nur in beschränktester Weise zuzulassen.

Ich will das Gesagte an einer tabellarisch geordneten Reihe von Beispielen aus dem römischen Recht erläutern. Die Columne links bezeichnet den Gedanken in seiner späteren ausgewachsenen d. h. allgemeinen Gestalt, die Columne rechts den Durchbruchspunkt desselben, bei dem er historisch zuerst in beschränkter Weise zum Vorschein gekommen ist.

1. Haftung des Principals aus den Verträgen des Vertreters.	Rhederei und Handel (act. exercit. und institoria).
2. Schutz der bonae fidei possessio durch die act. Public. (Idee des relativ-bessern Rechts).	Verkauf und Tradition.
3. Die act. quanti minoris und redhibitoria.	Sklaven- und Vieh-Handel.
4. Restitution bei Verlust durch unverschuldete Versäumniß.	Abwesenheit.
5. Fixirung der gegen den Besitzer als solchen gerichteten Klagen durch dolose Veräußerung der Sachen.	Hereditatis petitio.

6. Fingirte Erfüllung der Bedingung (S. 170, Anm. 235).	Bedingtes Vermächtniß der Freiheit.
7. Dinglicher Schutz des Pfandes.	Pachtverhältniß (act. Serviana).

Diese Beispiele ließen sich noch um viele vermehren, für unsern Zweck reichen jedoch die mitgetheilten vollkommen aus.

Worauf es mir vor allem bei dieser ganzen Erscheinung ankommt, ist, den Gedanken fern zu halten, daß es sich hier um etwas Zufälliges oder eine unvollkommene Entstehungsweise des Rechts handle. Zufällig ist weder die Erscheinung selbst im allgemeinen, denn es ist nichts als das allbekannte Gesetz des Werdens, das sich in ihr verwirklicht, noch ist es im einzelnen Fall zufällig, daß ein neuer Gedanke gerade bei diesem Punkt zum Durchbruch kommt. Die Gründe, welche dies bedingen, können verschiedener Art sein. Zunächst gehört dahin die größere Dringlichkeit des Bedürfnisses. Dasselbe tritt nicht überall sofort in gleicher Weise auf, es wird an dem einen Punkt früher oder stärker fühlbar als an dem andern; so z. B. in Fall 1, 3, 4, 6, 7. Ein zweiter Grund ist die Leichtigkeit der legislativen Gestaltung des Gedankens in Richtung auf dieses bestimmte Verhältniß, wofür auf Fall 2 und 4 und, wenn ich noch andere Beispiele hinzufügen soll, auf die Priorität des Sachenbesitzes vor dem Quasibesitz, auf die ursprüngliche Beschränkung des Ususfructus, Depositums, der Miethe auf individuell bestimmte Gegenstände gegenüber der späteren Ausdehnung dieser Verhältnisse auf generisch bestimmte Sachen, auf die ursprüngliche Fassung des damnum injuria datum als damnum corpore corpori datum verwiesen werden mag. Der Vollständigkeit wegen muß ich noch eines andern Grundes gedenken. Die beiden so eben angeführten setzten voraus, daß der Rechtssatz oder Gedanke von vornherein in allgemeiner Gestalt hätte auftreten können, d. h. daß ein weiteres als sein ursprüngliches Anwendungsgebiet von Anfang an für ihn möglich gewesen wäre. Nun ist aber auch der Fall denkbar, und er ist im römischen Recht nicht selten, daß irgend ein Princip oder

Begriff ursprünglich sich aus dem Grunde an ein besonderes Verhältniß angelehnt und sich in ihm localisirt hat, weil letzteres damals das einzige seiner Art war. Gattungs- und Artbegriff fallen hier ganz zusammen; was der Gattung angehörte, kam in Gestalt der Species zu Tage. Nehmen wir beispielsweise den Gattungsbegriff des jus in re aliena. Eine Reihe von Rechtssätzen, die sich aus ihm ergeben, wie z. B. daß der Inhalt eines solchen Rechts nicht in Handlungen des Herrn der belasteten Sache bestehen kann, daß dasselbe durch Consolidation untergeht u. s. w., haben sich historisch zuerst an der Servitut entwickelt, weil letztere lange Zeit hindurch das einzige jus in re war. Manche dieser Sätze haben ihre ursprüngliche, auf die Species lautende Form noch beibehalten (z. B. servitus in faciendo consistere nequit, nulli res sua servit), obschon diese enge Fassung für das neuere Recht gar nicht mehr zutrifft. Aehnlich verhält es sich mit dem Begriff der erbrechtlichen Universalsuccession. Im ältern Recht war die hereditas die einzige Art der Universalsuccession, der Gattungsbegriff konnte also nur an ihr entwickelt werden, die erbrechtlichen Regeln lauteten daher sämmtlich auf hereditas (z. B. semel heres semper heres). Seit dem Aufkommen der Bonorum Possessio hätten sie diese Fassung wenigstens überall da, wo sie nicht etwas Specifisches der hereditas, sondern etwas der ganzen Gattung Gemeinsames betrafen, ablegen müssen, nichts desto weniger aber haben sie dieselbe auch im neuern Recht beibehalten.

Werfen wir schließlich noch einen Blick auf die Art und Weise, wie die Verallgemeinerung des Gedankens zu geschehen pflegt, so scheint diese Art der Fortbildung des Rechts vorzugsweise der Jurisprudenz vorbehalten zu sein. Im römischen Recht wenigstens sind mir, abgesehen von dem Fall, wo es sich um Verallgemeinerung eines ursprünglich nur einem einzelnen Stande verliehenen Privilegiums handelt, keine Fälle bekannt, in denen die Gesetzgebung sich selbst dieser Aufgabe unterzogen hätte. Die Operation, mittels deren die Jurisprudenz dieselbe löste, ist

unter dem Namen der analogen Ausdehnung allbekannt, sie dürfte jedoch durch den Zusammenhang, in den unsere Darstellung sie bringt, in ein helleres Licht getreten sein.

Zunächst nämlich ergibt sich daraus die Berechtigung und Nothwendigkeit derselben. So lange in der Geschichte das Gesetz besteht, daß das Allgemeine zunächst nicht in allgemeiner, sondern in beschränkter Form zur Welt kommt, wird auch das Bedürfniß der analogen Ausdehnung bestehen; die Natur selbst macht die Nachhülfe des Juristen nothwendig. Es ergibt sich ferner hieraus die Möglichkeit einer genaueren Bestimmung des Begriffs der analogen Ausdehnung und damit zugleich der für sie geltenden Gesetze. Der Begriff läßt sich dahin bestimmen, daß diese Operation nichts ist als die Ablösung des seiner Natur und Bestimmung nach Allgemeinen von seiner localen historischen Erscheinungsform. Sie beruht also auf einer Analyse des historisch zur Einheit eines Instituts vereinigten Rechtsstoffes, und zwar der Scheidung derjenigen Bestandtheile (Rechtssätze), welche lediglich aus dem eigenthümlichen Zweck und Begriff dieses Instituts geflossen sind, rein der Species angehören (wesentlich-locale Bestandtheile), von denjenigen, welche nur in diesem Institut zur Erscheinung gelangt, ihrem Wesen nach aber abstracter Art sind (zufällig oder historisch-locale). Der Gedanke, welcher der act. exercit. und instit., der publiciana, der redhibit. und quanti minoris zu Grunde lag, war ein allgemeiner, und als die Juristen diese Klagen auf andere analoge Verhältnisse erstreckten, dehnten sie denselben nicht sowohl aus, sondern sie erkannten ihn nur in seiner wahren Gestalt, sie befreiten ihn bloß von seiner zu engen historischen Ausdrucksform. Darin liegt keine Ueberhebung von Seiten der Jurisprudenz, sie greift nicht in die Rechte des Gesetzgebers ein, sie schafft nicht, sondern sie übt nur eine höhere Kritik und Interpretation, eine Kritik und Interpretation nicht der Worte, sondern des legislativen Gedankens. Allerdings erfordert diese Operation eine größere Geschicklichkeit der Abstraction und ein feineres Unterscheidungs-

vermögen als die gewöhnliche Interpretation, und Mißgriffe sind hier nach beiden Seiten möglich, nämlich sowohl daß zu viel als daß zu wenig gethan wird d. h. daß man fälschlich die wesentlich-localen Bestandtheile für abstracte und umgekehrt die abstracten für wesentlich-locale erklärt. Der erste Mißgriff ist regelmäßig[496]) kaum zu befürchten, schon darum weil es bequemer und sicherer ist bei dem unmittelbaren Inhalt des Gesetzes stehen zu bleiben als sich in freier Weise über ihn zu erheben. Darum wird die Jurisprudenz ungleich häufiger in die Lage kommen, den entgegengesetzten Vorwurf über sich ergehen lassen zu müssen. Auch für sie gehört erst eine längere Zeit der Gewöhnung an neue Gedanken dazu, bis sie zur Einsicht gelangt, daß dieselben berechtigt sind, ein größeres Geltungsgebiet zu beanspruchen, als sie bei ihrem ersten Auftreten inne haben, und bis sie den Muth gewinnt, ihnen dasselbe praktisch zu vindiciren. Die analoge Ausdehnung ist überall die Frucht eines langsamen Reifens der Anschauung; bevor ihre Zeit nicht gekommen, ihre Nothwendigkeit nicht allseitig erkannt ist, wird ein Anlauf dazu von Seiten eines Einzelnen keine Folge haben. Das wird sich zu allen Zeiten wiederholen, und darin liegt die sicherste Garantie gegen jede Uebereilung.

Die bisherige Entwicklung hat gezeigt, wie auf dem Wege der logischen Zersetzung sich innerhalb des Rechts eine Scheidung seiner Bestandtheile vollzieht, indem die allgemeinen Gedanken, die historisch zuerst am Concreten und Speciellen zur Existenz ge-

496) Bei der späteren Form der römischen Rechtsbildung durch kaiserliche Rescripte war die Gefahr einer ungehörigen Generalisirung d. h. einer Ausdehnung rein individueller, lediglich für den concreten Fall bestimmter Entscheidungen (constitutiones personales) allerdings ungleich größer, aber nicht die Jurisprudenz verschuldete sie, sondern die Willkür, mit der die Kaiser das Recht als Gnadensache behandelten. In dem Verbot einer analogen Benutzung ihrer Rescripte sprachen sie sich selbst das Urtheil.

langen, sich nach und nach von dieser Verbindung lösen und die ihnen zukommende abstracte Gestalt gewinnen. Der Rückstand an Rechtssätzen, der übrig bleibt, nachdem sie sich von ihm zurückgezogen haben, gehört ausschließlich diesem speciellen Verhältniß an, das Geltungsgebiet dieser Rechtssätze ist also ein höchst beschränktes, lokal fixirtes, während jene allgemeinen Rechtssätze der atmosphärischen Luft über der Erdoberfläche gleichen, welche an keinen einzelnen Punkt derselben fest gebunden ist, sondern sich frei über ihr bewegt, andererseits aber mit jedem Körper auf der Erdoberfläche eine Verbindung eingehen kann. Die Rechtssätze der ersteren Art schließen sich nach Maßgabe des Zwecks, auf den sie sich beziehen, zu einheitlichen Gestaltungen, Begriffen zusammen, die als solche ohne Mitwirkung irgend welcher andern Begriffe concrete Gestalt annehmen können, während die Rechtssätze der zweiten Art oder die Begriffe, die aus ihnen gebildet sind, diese Fähigkeit nicht besitzen, vielmehr nur in und an den Begriffen der ersteren Art ihre Verwirklichung erlangen.

Erstere bezeichne ich aus dem Grunde als *selbständige*, letztere als *unselbständige* Rechtskörper. Als Beispiele der ersteren Art nenne ich den Kaufcontract, die Weggerechtigkeit, das Testament, als Beispiele der zweiten Art den Irrthum, die Nichtigkeit, die Mora. Ein Irrthum als solcher d. h. unabhängig von einem concreten Rechtsverhältniß, eine Mora als solche d. h. ohne Beziehung auf eine bestehende Obligation, kann praktisch gar nicht vorkommen, beide müssen sich mit selbständigen Körpern, mit einer Handlung, einer Obligation verbinden. Wenn wir unsern obigen Vergleich der Begriffe des Rechts mit den Buchstaben hierauf ausdehnen wollen, so können wir die abstracten die Consonanten, die concreten die Vocale nennen. Hiermit hängt ein anderer Unterschied derselben zusammen. Die abstracten Elemente nämlich besitzen eine ungleich größere Anwendbarkeit, weil sie nicht an ein einzelnes Verhältniß gebunden sind; der Irrthum z. B. kann bei einem Contract, einer Tradition, einer Zahlung, einem Legat u. s. w. vorkommen. Die selbstän-

digen hingegen betreffen immer nur ein ganz specielles Verhältniß, sie sind räumlich fixirt, localisirt. Sie können sich übrigens nicht bloß mit den abstracten, sondern auch unter sich zu einem zusammengesetzten Rechtsverhältniß verbinden, während erstere, um sich concret zu realisiren, stets der Verbindung mit einem Körper der andern Klasse bedürfen. Man nehme z. B. die oben genannten Begriffe: Verkauf, Weggerechtigkeit, Testament. Wir gewinnen eine Verbindung derselben, wenn wir den Fall setzen, daß ein Testator seinem Erben auferlegt, dem Nachbar eine von ihm längst begehrte Weggerechtigkeit zu dem von ihm gebotenen Preise zu überlassen d. h. zu verkaufen.[497]) Wenn der Fall zu einem Rechtsstreit Anlaß gäbe (bei dem es sich nicht etwa um die Interpretation der Verfügung, sondern um die rechtliche Wirksamkeit derselben handelte), so würde die Entscheidung desselben darin bestehen, daß wir ihn in die einfachen Bestandtheile auflösten, die sich in ihm zusammen gefunden haben: Testament (bez. Legat) — Verkauf — Weggerechtigkeit, und daß wir sodann bei jedem derselben die Voraussetzungen und Wirkungen ermittelten. Die Entscheidung eines Rechtsfalls ist dieselbe Operation wie das Lesen; wie man bei letzterem die Buchstaben, aus denen das Wort besteht, zusammensucht d. i. liest und die Summe der durch sie bezeichneten Laute zur sprachlichen Einheit zusammenfaßt, so sucht der Jurist die Begriffe des Rechtsfalls einzeln zusammen, er scheidet sie aus, den einen nach dem andern, um schließlich ihre Gesammtwirkung festzustellen — das Ent-scheiden beruht auf Scheiden, das Ur-theilen auf Theilen.

Vergleichen wir dies Rechtsalphabet mit dem der Sprache, so steht es zunächst darin hinter letzterem weit zurück, daß die Buchstaben desselben theilweise eine ungleich beschränktere Anwendbarkeit besitzen als die der Sprache. Mit letzteren lassen sich in dieser Beziehung nur unsere abstracten Elemente des Rechts

497) Der Fall der L. 44 i. f. de solut. (46. 3) .. damnatus alicui vendere.

in Vergleich bringen. Schon aus dieſem Grunde muß die Zahl der Buchſtaben dort ungleich größer ſein als hier, es geſellen ſich aber noch andere Gründe hinzu, namentlich der, daß das Alphabet des Rechts ungleich genauer und exacter iſt und ſein muß als das der Sprache. Wenn letzteres mit ſo außerordentlich wenig Zeichen ausreicht, ſo beruht das zum großen Theil auf der Ungenauigkeit, mit der die Sprachlaute wiedergegeben werden. Wie viele Zeichen wären erforderlich, wenn all die feinen Schattirungen und Nüancen, insbeſondere in der Ausſprache der Vocale angedeutet werden ſollten! Die Schrift gewährt nur eine ſehr rohe Reproduction der Sprache, genügend für denjenigen, der die Ausſprache kennt, für denjenigen aber, der darnach allein letztere glaubt erlernen zu können, durchaus unzureichend. Rückſichtlich des Rechts gilt für die niederſten Stufen deſſelben allerdings ganz daſſelbe (Bd. 1 S. 28—32), das geſchriebene Recht gewährt auch hier nur einen ſehr ungenauen Anhaltspunkt für das Sprechen des Rechts, allein ich brauche kaum zu bemerken, daß die möglichſte Congruenz zwiſchen dem Schreiben oder Setzen des Rechts und dem Sprechen gerade eins der Ziele aller Entwicklung des Rechts bildet. Soll Recht geſprochen werden, wie es geſchrieben iſt, ſo muß es auch geſchrieben werden, wie geſprochen werden ſoll. Für die Sprache hat jene möglichſte Congruenz, wenigſtens was den Inländer anbetrifft, keine praktiſche Bedeutung, für das Recht die äußerſte. Darum alſo kann die Sprache ungenau, das Recht aber nicht exact genug verfahren, und darin liegt ein Hauptgrund dafür, daß erſtere mit einer kleinen Zahl von Buchſtaben ausreicht, während letzteres eine große Zahl von Begriffen nöthig hat.

Aus dieſer Verſchiedenheit beider rückſichtlich des Maßes der von ihnen beiden angewandten Genauigkeit ergibt ſich ein fernerer Unterſchied zwiſchen ihnen. Während nämlich das Alphabet der Sprache vollkommen abgeſchloſſen iſt und mithin trotz aller Umwandlung der Sprache daſſelbe geblieben iſt und bleiben wird, da es eben die feineren Nüancen in der Ausſprache nicht wieder-

gibt; während daſſelbe ferner ſich nicht auf eine einzelne Sprache beſchränkt, ſondern für ganze Sprachfamilien im weſentlichen daſſelbe iſt, kann das des Rechts auf eine gleiche von Zeit und Ort, von der Geſchichte und Nationalität unabhängige Geltung keinen Anſpruch machen. Man könnte mir einwenden, daß es doch auch im Recht Grundbegriffe von abſoluter Wahrheit gebe, ſeien es auch nur juriſtiſch-logiſche Kategorien, oder rein formale Begriffe wie z. B. der Begriff der juriſtiſchen Unmöglichkeit, der Gegenſatz der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, des Rechts und der Ausübung, des Irrthums im Object und in den Beweggründen u. ſ. w., und daß dieſelben daher, bei welchem Volk ſie immerhin zuerſt entdeckt und ausgebildet worden ſeien, dennoch nicht dem Rechtsalphabet dieſes Volks angehörten, ſondern einem ſupranationalen, univerſellen, abſoluten. Allein ſo ſehr ich die abſolute Wahrheit dieſer Begriffe und damit die Möglichkeit eines univerſellen Rechtsalphabets zugebe, ſo darf man doch nicht außer Acht laſſen, daß dieſe Begriffe rein formaler Art ſind, und daß wir es mittelſt ihrer mithin nicht über eine formale juriſtiſche Logik (deren hohen didaktiſchen Werth ich übrigens nicht beſtreiten will) hinaus bringen würden. Die praktiſche Geſtaltung, die ſubſtantielle Ausfüllung derſelben würde immer noch Sache des poſitiven Rechts bleiben. So iſt z. B. der Unterſchied zwiſchen dem Irrthum im Object und in den Beweggründen ein begrifflich nothwendiger und ganz geeignet, die juriſtiſche Denkfähigkeit zu üben, allein ob überhaupt dem Irrthum eine praktiſche Beachtung zugeſtanden werden ſoll und, wenn dies, ob bloß dem Irrthum in dem Object oder auch dem Irrthum in den Motiven, das iſt Sache poſitiver Rechtsſatzung; wenn letztere jene Frage ſchlechthin verneint oder ſchlechthin bejaht, ſo iſt jener Unterſchied damit für dieſes Recht praktiſch völlig beſeitigt. Der Gegenſatz der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit iſt logiſch völlig unanfechtbar, aber für das ältere römiſche Recht war derſelbe gar nicht vorhanden, da daſſelbe die Ungültigkeit der Rechtsgeſchäfte ausſchließlich in der Form der Nichtigkeit vermittelte. Es verhält

sich also mit jenen Begriffen so, daß das Absolute daran etwas rein Formales, das Praktische daran etwas rein Positives ist. Allerdings kann diese positiv-praktische Gestaltung eine so verständige, zweckmäßige sein, daß man ihr da, wo sie einmal gilt, gern eine ewige Dauer und selbst eine universelle Verbreitung prognosticiren möchte, allein nichts desto weniger müssen wir sie doch für etwas Positives, dem Wechsel der Ansichten und Dinge Unterliegendes anerkennen.

Unser praktisches Rechtsalphabet ist daher etwas Positives, Historisches, und die Geschichte eines jeden Rechts bestätigt dies. Es ändern sich nicht bloß die Rechtssätze, sondern mit ihnen auch die Begriffe und Institute, und es ändert sich nicht bloß die Beschaffenheit und Bedeutung unserer vorhandenen Rechts-Buchstaben, sondern die Zeit bringt uns völlig neue und streicht die alten aus. Wie sehr aber dennoch ein einzelnes Rechtsalphabet bei aller seiner Positivität den Einflüssen von Zeit und Ort zu trotzen vermag, dafür gibt uns das römische einen schlagenden Beweis. Die praktische Gestaltung des Eigenthums, der Servitut, Obligation u. s. w. im römischen Recht und mithin auch die begriffliche Construction des Stoffs von Seiten der römischen Juristen ist römisch, wie sehr man oft auch in kritikloser Verehrung vor dem römischen Recht sich dagegen verschlossen und das Römische als das Absolute zu deduciren versucht hat. Aber wie lang hat es vorgehalten: dies Römische und Positive! Die genannten Begriffe gelten heutzutage im wesentlichen fast noch ebenso, wie vor anderthalb Jahrtausenden, und, was mehr ist, das römische Recht bietet uns selbst für Verhältnisse und Fragen, die erst die moderne Welt gebracht hat, vielfach völlig ausreichende Entscheidungsnormen. Erklärlich, daß sich im Mittelalter der Glaube an den absoluten Charakter des römischen Rechts, welcher in ihm die ratio scripta, die geoffenbarte Vernunft in Dingen des Rechts erblickte, ausbilden konnte.

Daß nun unser Rechtsalphabet trotz dieser Verschiedenheiten zwischen ihm und dem Sprachalphabet dennoch den Namen eines

Alphabets verdient, bedarf wohl keiner Bemerkung. Es gibt keinen Vergleich, der geeigneter wäre, dem Unkundigen das Weſen und Walten der analytiſchen Kraft im Recht mit Einem Worte zu veranſchaulichen. So ſehr ſich aber mittelſt dieſes Vergleichs ſelbſt einem Laien die Sache begreiflich machen läßt, ſo kann ich doch die Bemerkung nicht unterdrücken, daß der Laie im Grunde für jene Methode der Zerſetzung von vornherein nicht bloß kein Verſtändniß beſitzt, ſondern ſich zu ihr entſchieden antipathiſch verhält. Denn jene Methode bildet das gerade Widerſpiel zu ſeiner Anſchauungsweiſe, ſie iſt berechnet darauf, ihren Einfluß auf die Entſcheidung der Rechtsſtreitigkeiten vollſtändig auszuſchließen. Das Charakteriſtiſche der Anſchauungsweiſe des Laien, möge es ſich um die Auffaſſung des abſtracten Rechtes oder eines einzelnen Rechtsverhältniſſes handeln, beſteht in dem Nicht-Scheiden, oder poſitiv ausgedrückt in der Hingabe an den Totaleindruck des Verhältniſſes.[498]) Alle jene einzelnen Elemente, Seiten, Beziehungen eines Rechtsinſtitutes oder Rechtsfalles, die ſich dem juriſtiſchen Auge als einzelne darſtellen, fließen für ihn zuſammen, und die Geſammtwirkung, die der Gegenſtand auf ſein Gefühl ausübt, der Totaleindruck dieſes Bildes iſt es, der ſein Urtheil beſtimmt. Der Laie wird es unbegreiflich finden, daß der Juriſt ein Inſtitut des Lebens, in dem er, der Laie, Ein organiſches Ganzes erblickt, und das ihm jedenfalls als eine gegebene Thatſache des Lebens eines weiteren Suchens nicht mehr bedürftig erſcheint, mühſam in ſeine einzelne Seiten, Beſtandtheile auflöſt und jene Einheit erſt künſtlich auf ſynthetiſchem Wege

498) Der Gegenſatz der Beurtheilung eines Rechtsverhältniſſes nach Weiſe des Juriſten und Laien iſt ſchon von Tryphonin in der L. 31 §. 1 Depos. (16. 3) ausgeſprochen. Er unterſcheidet hier 1. si per se dantem accipientemque intuemur (wenn wir die verſchiedenen Verhältniſſe zwiſchen den zwei Gebern und Empfängern unterſcheiden), haec est bona fides etc., 2. si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis, quae negotio isto continguntur impletur (wenn wir das Geſammtverhältniß und das ſchließliche Endreſultat ins Auge faſſen).

wieder gewinnt. Wenn ein Kläger, der einen durchaus begründeten Anspruch hat, eine unvortheilhafte Wahl der Klage trifft, z. B. statt der act. in pers. eine act. in rem anstellt, so prüft der Richter lediglich, ob die Voraussetzungen dieser Klage vorhanden sind, und weist mithin im Verneinungsfall den Kläger mit dieser Klage ab, ungeachtet sich aus den Verhandlungen ergibt, daß der Anspruch des Klägers, mit einer andern Klage geltend gemacht, durchaus begründet gewesen wäre. Dies wird dem Laien höchst anstößig erscheinen, und doch ist es nichts als eine einfache Scheidung der Gesichtspunkte und eine Beschränkung auf denjenigen von ihnen, den der Kläger selbst für die Beurtheilung des Falles gewählt und dem Richter vorgelegt hat.

Wie wenig das Wesen der zersetzenden Methode zur Zeit noch von Seiten der Wissenschaft begriffen ist, hat sich vorzüglich in dem Streit über den Gegensatz des römischen und deutschen Rechts kundgegeben. Zwei heutige Rechtsphilosophen[499]) haben den Mangel des römischen Rechts darin zu finden geglaubt, daß es demselben an „Organismen, organischen Gestaltungen, einem positiven Prinzip organischer Gestaltung" u. s. w. gefehlt habe. Worauf aber beruht diese Behauptung? So lange die juristisch-zersetzende Kraft sich an einem Rechtsinstitut noch nicht bethätigt hat, macht uns dasselbe leicht den Eindruck eines „Organismus;" alles greift in schönster Weise in einander, rechtliche und ethische Momente, Form und Inhalt, dingliches und obligatorisches Element u. s. w. Sobald aber die Jurisprudenz sich des Instituts bemächtigt und ihre Pflicht und Schuldigkeit gethan hat, ist es, ohne daß sich an dem realen, praktischen Bestande desselben das Geringste änderte, um jenes poetische „Verwachsensein," „Sich-organisch-Durchdringen" u. s. w. geschehen; die schöne

499) Stahl in der als Anhang zum zweiten Bande seiner Rechtsphilosophie aufgenommenen Abh. über den Werth des röm. Privatrechts (Aufl. 2 S. 400) und Röder, Grundgedanken u. Bedeutung des röm. u. germ. Rechts, Leipzig 1855.

Blume ist dahin, und wir haben statt dessen Stickstoff, Sauerstoff u. s. w. Das eine Element des Instituts gelangt im System hierhin, das andere dorthin.[500]) Wenn nun das deutsche Recht uns Organismen, das römische aber Atome oder Elemente bietet, so ist das nicht sowohl eine Verschiedenheit der beiden *Rechte* — oder sollte etwa z. B. die Vormundschaft im römischen *Leben* weniger eine „organische Einheit" gewesen sein, als bei uns? — sondern eine Verschiedenheit der *wissenschaftlichen Behandlung* beider. Die Wissenschaft des Rechts statuirt keine *Organismen*, so wenig wie die organische Chemie — sie löst dieselben auf; aber daraus zu folgern, daß die praktische Function der Rechtsverhältnisse dadurch beeinträchtigt werde, wäre um nichts besser als zu glauben, daß die Analyse des Chemikers die Natur selber zu alteriren vermöge.

Dem obigen Vorwurf gegen das römische Recht scheint die Idee zu Grunde zu liegen, als ob jene Rechtsatomistik nicht eine bloß juristische, sondern eine reale gewesen, als ob der römische Geist eine Abneigung gegen alles Zusammengesetzte, Gemischte, oder was man sonst unter organisch versteht, empfunden habe.[501])

---

500) So z. B. beim Pfandrecht das dingliche ins Sachenrecht, das obligatorische, der contractus pigneratitius ins Obligationenrecht. Bei der Vormundschaft muß man die einzelnen Elemente aus den verschiedensten Theilen des Systems zusammensuchen: die Handlungsfähigkeit der bevormundeten Personen und den Begriff und die Arten der Stellvertretung im allgemeinen Theil, das Pfandrecht am Vermögen des Vormunds im Pfandrecht, die reiv. util. gegen ihn beim Eigenthum, das obligatorische Verhältniß im Obligationenrecht oder Familienrecht, die tutela testamentaria der Römer im Erbrecht.

501) Als praktische Moral, die ich mir erlauben möchte aus jenem Irrthum zu ziehen, stehe hier die Bemerkung, die ich namentlich allen Rechtsphilosophen, welche keine Juristen sind, dedicirt haben will: daß selbst eine rein *ethische* Würdigung eines bestimmten Rechts nicht möglich ist ohne Kenntniß der *Technik*. Um das Deficit dieser Kenntniß (häufig auch des klaren Denkens überhaupt!) zuzudecken, gibt es freilich keinen bequemern Ausdruck als „organisch", — je verschwommener der Begriff, desto „organischer" die Sache. Ein jüngerer, mir befreundeter Gelehrter, der leider

Allein die zerſetzende Kraft des römiſchen Geiſtes zerſetzte nicht die Dinge, ſondern nur die Begriffe, und ſie that es, nicht um das praktiſche Beſtehen von Organismen zu verhindern, ſondern um daſſelbe zu erleichtern und zu ſichern.

2. Die logiſche Concentration.

Die Möglichkeit einer Concentrirung des Stoffs — das logiſche Centrum und die Peripherie — innere Erweiterung des Princips in der hiſtoriſchen Form einer Ausnahme.

Hoc uno posito, quod est ad cognitionem disciplinae satis, innumerabilia nascuntur, quibus implentur juris consultorum libri. Cic. de leg. II. 19.

XL. Die gegenwärtige Operation verfolgt, wie oben bemerkt ward, denſelben Zweck, wie die vorhergehende, aber auf gerade entgegengeſetztem Wege, ſtatt durch Zerſetzen durch Verbinden und Zuſammendrängen. Sie iſt keine ſpecifiſch juriſtiſche Operation, ſondern die allgemein logiſche der Abſtraction eines Princips aus gegebenen Einzelnheiten, die Subſtituirung einer andern, intenſiveren logiſchen Ausdrucksform.

Wir können die Aufgabe in etwas anderer Weiſe auch ſo faſſen: es handelt ſich hier um die Zuſammendrängung des äußern Volumens einer Maſſe Rechtsſtoff, die das poſitive Recht für irgend ein beſtimmtes Rechtsverhältniß producirt hat. Dies Volumen beſtimmt ſich nicht bloß oder auch nur vorzugsweiſe nach der Wichtigkeit des Verhältniſſes, nach der Menge von Fragen, die bei demſelben zu beantworten ſind, kurz nach einem objectiven Moment, ſondern eben ſowohl nach dem rein ſubjec-

---

ſo früh der Wiſſenſchaft entriſſene hieſige Privatdocent: Dr. van Krieken, der in ſeiner Schrift: über die ſogenannte organiſche Staatslehre, Leipz. 1873, dieſer ungeſunden Richtung der Wiſſenſchaft muthig entgegen getreten iſt, hat darauf den Vers gemacht:

Was man nicht definiren kann,
Das ſieht man als organiſch an.

tiven Moment der Geschicklichkeit des Antwortenden. Wer es versteht, richtet mit Einem Wort ebenso viel aus als ein Anderer mit hundert.

Kürze ist eine der unschätzbarsten Eigenschaften des Gesetzgebers. Die Kürze liegt aber nicht in der kleinen Zahl der Worte, die das Gesetz zählt, sondern in der Intensivität, der Tragweite der ausgesprochenen Gedanken. Wir können uns denken, daß dasselbe Verhältniß, zu dessen legislativer Gestaltung dieses Gesetz eine Menge einzelner, auf keinem Princip beruhender Bestimmungen erlassen hat (casuistische Gestaltung) in einem andern Gesetzbuch mittelst eines einzigen Princips ganz erschöpfend normirt ist (principielle Gestaltung). Bei jener ersten Art ist der Jurisprudenz die Möglichkeit einer Concentrirung des Stoffs nicht gegeben;[502] Einzelnheiten, die keinem Princip entstammen, lassen sich auch nicht auf ein solches zurückführen. Ebenso wenig aber würde ihr diese Möglichkeit geboten sein, wenn der Gesetzgeber selbst das Princip bereits in seiner ganzen Schärfe und Bestimmtheit ausgesprochen hätte; es ist jedoch dafür gesorgt, daß es der Jurisprudenz in dieser Beziehung nicht an Arbeit fehlt.

Die Möglichkeit einer Concentrirung des gesetzlichen Stoffs durch die Jurisprudenz setzt voraus, daß der Gesetzgeber ein Princip gehabt und angewandt hat, ohne dasselbe als solches unmittelbar erkannt oder ausgesprochen zu haben. Die Geschichte lehrt uns, daß dies nicht bloß nichts seltenes, sondern sogar der gewöhnliche Fall ist, und um so weniger kann diese Thatsache bei dem Gesetzgeber befremden, als auch die Jurisprudenz sich nicht selten ganz in demselben Fall befindet; auch bei ihr ist das Gefühl des Richtigen der Erkenntniß desselben regelmäßig weit voraus. So wird es möglich, daß ein Princip des Rechts, bevor es in seiner wahren Gestalt erkannt und ausgesprochen wird,

502) Dasselbe gilt, wenn der Gesetzgeber uns ausnahmsweise die Abstraction eines Princips da, wo sie an sich möglich wäre, ausdrücklich verboten hat, wie dies z. B. Justinian bei den Enterbungsgründen der Nov. 115 gethan hat.

praktisch schon längst gegolten, ja vielleicht zu gelten bereits wieder aufgehört hat.

Die einzelnen Rechtssätze, in denen der Gesetzgeber unbewußt ein Princip zur Anwendung bringt, verhalten sich zu letzterem, wie einzelne Punkte in der Kreislinie zum Centrum. Das Princip ist der Punkt, den der Gesetzgeber sucht, aber so lange es ihm noch nicht gelungen ist sich seiner zu bemächtigen, ist er gezwungen, ihn zu umkreisen, ihn mittelst einzelner casuistischer Bestimmungen mehr und mehr zu umschreiben. Ebenso wie er, irrt auch die Wissenschaft, bevor sie das Centrum gefunden hat, in der Peripherie herum; je weiter sie vom Centrum entfernt ist, je länger ist der Weg, den sie zurücklegt d. h. desto breiter, complicirter die Darstellung des betreffenden Gegenstandes. Mit jedem Schritt, um den sie sich dem Centrum nähert, wird der Kreis enger, der Weg kürzer d. h. nimmt die Zahl ihrer Lehrsätze ab, der Gehalt zu, bis sie im Centrum selber die ganze Masse des Stoffs in einem einzigen Gedanken ergreift.

Aber nicht bloß die Concentrirung des bereits vorhandenen Stoffs ist es, was die schließliche Auffindung des Princips für die Wissenschaft so wichtig macht, sondern es gesellt sich noch der Vortheil hinzu, daß in dem gefundenen und erkannten Princip zugleich eine Quelle neuer Rechtssätze erschlossen wird. Das sind nämlich alle bisher noch nicht zum Bewußtsein gekommenen Consequenzen desselben. Zur vollen Entfaltung seiner logischen Kraft, zur Entlassung des ganzen Reichthums im Detail, den er in sich birgt, gelangt jeder Gedanke erst dann, wenn er in seiner wahren Gestalt bewußt erkannt und erfaßt wird.

Der von uns gewählte Vergleich der Abstraction des Princips mit der Auffindung des Centrums bei gegebener Peripherie könnte leicht zu dem Glauben verleiten, als sei diese Operation eine höchst einfache. Allein, wenn ich im Bilde bleiben soll, so ist zunächst die Peripherie beim Gesetz keineswegs immer eine regelmäßige, es kommen vielmehr Abweichungen vor, die uns auf eine falsche Bahn locken können, und sodann tragen die ein-

zelnen Rechtssätze, selbst wenn sie in der That einem einzigen Princip entstammen, nicht immer ihre Abstammung und Verwandtschaft offen zur Schau, ja sie können umgekehrt einer unbefangenen Betrachtung so heterogen erscheinen, daß der Gedanke an ihre Zusammengehörigkeit gar keinen Raum findet. Was hat z. B. die hereditatis petitio mit den possessorischen Interdicten zu thun? Und doch beruhen beide auf einer und derselben Idee.[502a]) Für die Ersitzung gilt die Regel, daß sie schon mit dem Anfang, für die Verjährung, daß sie erst mit dem Ende des letzten Tages beendet ist. Scheinbar zwei ganz verschiedene Regeln, in Wirklichkeit aber nur Ausflüsse eines und desselben Gedankens.

Die meisten Schwierigkeiten aber dürfte die Aufgabe in dem Fall in sich schließen, wenn der Gesetzgeber das Princip theilweise beachtet, theilweise verlassen hat. Von vornherein wissen wir nicht, ob dies geschehen, wir werden also zunächst den erfolglosen Versuch unternehmen, das gesammte Material auf ein einziges Princip zurückzuführen. Aber angenommen, wir haben uns nach längerem Abmühen überzeugt, daß dies nicht möglich ist, daß sich hier vielmehr zwei Gedanken kreuzen, von denen der eine die Regel, der andere die Ausnahme in sich schließt — welcher von beiden enthält die Regel, welcher ist Ausnahme,[502b]) und ist überhaupt noch an Eine Regel zu denken, oder ist das Ganze vielleicht nicht seiner primären Anlage nach völlig zwiespältig?

Es ist auch der entgegengesetzte Fall möglich, daß eine Bestimmung sich fälschlich als Ausnahme gibt, die es in der That nicht ist, sich vielmehr durch eine richtigere Fassung des Princips beseitigen läßt.[502c]) Ja es ist sogar nicht ungewöhnlich, daß ein

502a) S. meine Schrift über den Grund des Besitzesschutzes. Aufl. 2 S. 89.

502b) Als Beispiel diene die Frage, ob denn Untergang der Obligationen durch s. g. concursus duarum causarum lucrativarum eine Singularität oder eine Consequenz des Wesens der Obligation enthält, s. darüber Gustav Hartmann, die Obligation S. 5, 6, 13.

502c) Als Beispiel diene die symbolische Tradition des österreichischen Gesetzbuchs, welche sich selber als Ausnahme von den Grundsätzen der regu-

Rechtssatz historisch d. h. dem bisherigen Recht gegenüber eine wirkliche Ausnahme begründet, während doch im Grunde mit dieser Ausnahme nur das bisherige Princip modificirt worden ist, so daß es also nur einer andern Fassung desselben bedarf, um den Gegensatz der Regel und Ausnahme verschwinden zu machen. So enthält z. B. in meinen Augen die Zulassung des Besitzes bei Kindern, Wahnsinnigen und juristischen Personen Seitens der römischen Jurisprudenz unter der scheinbaren Form einer Ausnahme von einer der obersten Regeln des Besitzes in Wirklichkeit nur den Durchbruch der vollen und wahren Besitzidee.[502d]) Die Ausnahme ist häufig nur die Form in der die Regel selbst sich erweitert, vervollkommnet. In einem solchen Fall verlockt uns die Geschichte selber zum Irrthum. Jahrhunderte lang figurirt als Regel und Ausnahme, was in der That gemeinschaftlich unter ein und dasselbe höhere Princip fällt. Das Darlehn erforderte ursprünglich, daß der Schuldner unmittelbar vom Gläubiger das Eigenthum erwarb.[503]) Als nun die Praxis in mehreren Punkten diesen Satz verlassen hatte, erschien diese Abweichung der alten Regel gegenüber als Ausnahme, und als solche erkannten auch die späteren römischen Juristen sie an.[504]) Allein hinter der Ausnahme versteckte sich nur eine Erweiterung des Begriffs oder Princips des Darlehns selber, nämlich die: daß das Darlehn nicht mehr den Uebergang des Eigenthums von dem Einen auf den Andern, sondern den (also auch mittelbaren d. h. durch Eigenthumsübertragung

---

lären Tradition bezeichnet, in Wahrheit aber nur eine Anwendung des richtig erfaßten Traditionsbegriffs ist. S. Exner, die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österr. und gemeinem Recht, Wien 1867, S. 213.

502d) S. meine Schrift (Note 502a) S. 88, 156. Dasselbe gilt von der Gestaltung des Pekuliarbesitzes, über welche Papinian in l. 44 §. 1 de poss. (41. 2) das Urtheil fällt: utilitatis causa jure singulari receptum est.

503) L. 34 pr. Mand. (17. 1) . . nummi, qui mei erant, tui fiunt.

504) L. 15 de R. Cr. (12. 1) Singularia quaedam recepta sunt etc.

von Seiten eines Dritten vermittelten) Uebergang von einem Vermögen in ein anderes Vermögen (Verringerung des einen und Vermehrung des andern dem Werth nach) zur Voraussetzung hat. Ein anderes Beispiel gewährt die Vermögensfähigkeit der Hauskinder gegenüber der patria potestas. Sie fiel historisch unter den Gesichtspunkt einer Ausnahme; der erste Fall derselben (peculium castrense) enthielt eine so bedeutende Abweichung vom bestehenden Recht, wie kaum ein anderes Beispiel zu finden sein dürfte. Im justinianeischen Recht aber ist die Ausnahme Regel und die Regel Ausnahme geworden, und das dogmatische Resultat läßt sich hier in das Princip fassen: die Kinder sind vermögensfähig und allen Personen, nur nicht dem Vater gegenüber, erwerbsfähig.

3. Die juristische Construction.

Die naturhistorische Anschauungsweise des Rechts — der juristische Körper — allgemeine Schilderung desselben — Gewinnung desselben durch die juristische Construction — die drei Gesetze derselben (positives, logisches, ästhetisches) — technischer Werth der naturhistorischen Methode.

XLI. Der Ausdruck: juristische Construction gehört zu den gangbarsten Kunstausdrücken der heutigen Jurisprudenz, während er am Anfang unseres Jahrhunderts so gut wie unbekannt war. Jeder gebraucht ihn, und Jeder denkt sich etwas dabei und zwar dasselbe, wie alle andern, und doch wenn man fragen würde: was bedeutet denn die juristische Construction, die jetzt eine so große Rolle spielt, wozu ist sie nöthig, was soll sie, nach welchen Grundsätzen verfährt sie? die wenigsten würden eine Antwort darauf zu ertheilen vermögen, da unsere Wissenschaft uns in Bezug auf diese Fragen völlig im Stich läßt, denn dieselbe hat meines Wissens bisher noch nicht einmal den Versuch gemacht, den Begriff der juristischen Construction zu bestimmen, geschweige denn eine Theorie der juristischen Construction aufzu-

stellen. Ich meinerseits kann mich dieser Aufgabe nicht entziehen, da ich nur auf diesem Wege den Maßstab zur Beurtheilung der römischen Jurisprudenz gewinnen kann; der gänzliche Mangel aller Vorarbeiten mag es entschuldigen, daß ich mich bei ihr länger verweile, als ich mir sonst verstatten würde.

Die höhere Jurisprudenz

oder

die naturhistorische Methode.

Die regelmäßige Gestalt, in der das Recht in den Gesetzen zum Vorschein kommt, ist die imperativische d. h. die unmittelbar praktische Form eines Verbots oder Gebots, einer Vorschrift oder Regel. Ob der Ausdruck imperativischer Art ist oder nicht, ist gleichgültig, das Imperativische liegt in der Sache, in dem Gedanken; in dem Munde des Gesetzes hat das „Ist" die Bedeutung des „Seinsollens" (z. B. die Klage ist verjährt in 2 Jahren = soll verjährt sein). Diese Erscheinungsform des Rechts nenne ich die niedere. Man könnte sie auch, da Form und Inhalt sich hier noch völlig decken, die natürliche, naive nennen. Sie ist historisch die erste, frühere, aber auch die unvollkommenere.

So lange die Jurisprudenz den Stoff in dieser seiner Gestalt beläßt, ihn also durch die Behandlung, der sie ihn unterzieht, nicht innerlich umgestaltet, specificirt, paßt das Prädicat „nieder" auch auf sie, und ich scheide demgemäß wie zwischen niederer und höherer Erscheinungsform des Rechts, so auch zwischen niederer und höherer Jurisprudenz.

Die Thätigkeit der niederen Jurisprudenz läßt sich mit einem Wort als Interpretiren bezeichnen. Die Aufgabe der Interpretation besteht darin, den Stoff aus (auseinander) zu legen, die scheinbaren Widersprüche zu beseitigen, die Dunkelheiten, Unbestimmtheiten zu heben, den ganzen Inhalt des gesetzgeberischen

Willens zu Tage zu fördern, namentlich also auch aus den gegebenen einzelnen Bestimmungen das ihnen zu Grunde liegende Princip und umgekehrt aus dem gegebenen Princip die Consequenzen abzuleiten. Die Interpretation ist keine specifisch juristische Operation — jede Wissenschaft, deren Quellen Urkunden sind, hat zu interpretiren — und darum gewinnt auch der Stoff selbst durch diese Operation keinen eigenthümlich juristischen Charakter. Was immerhin die Jurisprudenz auf diese Weise zu Tage fördern möge: es ist nichts specifisch Anderes, Neues, sondern immer nur die ursprüngliche Rechtssubstanz d. h. ein Aggregat von engeren oder weiteren Regeln.

Mit der Interpretation hat nun nicht bloß überall die Jurisprudenz begonnen, sondern zu jeder Zeit muß sie die erste Operation sein, welche die Jurisprudenz an dem gesetzlichen Rohstoff vornimmt. Um zu construiren, muß sie erst interpretiren; die niedere Jurisprudenz ist die nothwendige Vorstufe der höheren.

Aber sie ist eben auch nur eine Vorstufe, und die Jurisprudenz soll nicht länger auf ihr verweilen als nöthig. Erst auf der höheren Stufe erreicht sie ihre wahre Bestimmung, erst hier wird ihre Aufgabe und Methode eine specifisch juristische, erst hier gewinnt sie ihren eigenthümlichen wissenschaftlichen Charakter, der sie von allen andern Wissenschaften unterscheidet.

Die Gränzlinie zwischen der niederen und höheren Jurisprudenz läßt sich, wenn auch nicht im einzelnen Fall, so doch im Begriff ganz scharf angeben. Sie hängt zusammen mit einer eigenthümlichen Anschauungsweise des Rechts, welche ich die naturhistorische nennen möchte. Aber nicht mit ihrem bloßen unthätigen Besitz, sondern mit ihrer energischen und consequenten Verwirklichung. Ob jene Anschauungsweise eine künstliche oder natürliche, eine nahe oder fernliegende ist, darüber will ich nicht rechten. Will man sie zu derjenigen, durch welche sich die niedere Jurisprudenz bei der Bearbeitung des Stoffs leiten läßt, mit zwei Worten in Gegensatz stellen, so sind es die Worte:

Rechtsinſtitut, Rechtsbegriff auf der einen und Rechtsſätze, Rechtsprincipien auf der andern Seite. Das Rechtsinſtitut iſt kein bloßes Conglomerat von einzelnen Rechtsſätzen, die ſich auf daſſelbe Verhältniß beziehen, ſondern etwas weſentlich von ihnen Verſchiedenes. Die Rechtsſätze ſind Stoff, Gedankenmaſſe, ſie haben nur ſubſtantielles Daſein; die Rechtsinſtitute dagegen ſind Exiſtenzen, logiſche Individualitäten, juriſtiſche Weſen, wir erfaſſen und erfüllen ſie mit der Vorſtellung des individuellen Seins und Lebens. Sie entſtehen, gehen unter, wirken, treten in Conflict mit anderen, ſie haben ihre Aufgaben, Zwecke, denen ſie dienſtbar ſind, und dem entſprechend ihre eigenthümlichen Kräfte und Eigenſchaften u. ſ. w. Ich würde ſie, um dem Leſer die Vorſtellung des Seins und Lebens derſelben ſtets gegenwärtig zu halten, gern juriſtiſche Weſen nennen, wenn der Ausdruck nicht zu geſucht erſchiene. Ich werde daher lieber den Ausdruck juriſtiſche oder Rechts-Körper[506]) wählen (im Gegenſatz zur bloßen Rechtsſubſtanz oder zum Rechtsſtoff).

Man könnte von vornherein leicht geneigt ſein, die Bedeutung dieſer Anſchauungsweiſe recht gering anzuſchlagen. Was kann es für einen Unterſchied machen, wird Mancher fragen, ob man ſtatt „Rechtsſätze über das Eigenthum“: „Eigenthumsinſtitut“ oder „Eigenthum“ ſagt? Gewiß! Wenn es beim bloßen Sagen, d. h. einem unthätigen Beſitz jener Vorſtellung ſein Bewenden behält, ſo hat ſie gar keinen Werth. Es iſt der Keim, der träge und todt in der Erde liegt, der aber, wenn er erſchloſſen wird, eine totale Umgeſtaltung im Recht zu bewerkſtelligen im Stande iſt. Sache der Jurisprudenz iſt es, dieſen Keim zu erſchließen und zur vollen Entfaltung zu bringen, d. h.

506) Die obige Auffaſſung, derentwegen ich hart angelaſſen worden bin, ſtammt nicht erſt von mir, ich habe ſie nur zuerſt conſequent entwickelt, dagegen finden ſich Anklänge an ſie längſt vor mir bei Andern z. B. bei Savigny Ueber den Beruf unſerer Zeit u. ſ. w. Aufl. 3 S. 29: „Die Begriffe ſind den Juriſten wirkliche Weſen geweſen, deren Daſein und Genealogie ihnen durch langen vertrauten Umgang bekannt geworden iſt.“

den geſammten Rechtsſtoff im Sinne jener Auffaſſungsweiſe zu geſtalten, den Geſichtspunkt eines individuellen Seins und Lebens des juriſtiſchen Körpers in ſeiner vollen Conſequenz zu verwirklichen.

Wie kann die Anlegung und Durchführung eines bloßen Geſichtspunkts ſolche Wunder thun? Dieſer Zweifel wäre durchaus berechtigt, wenn der Geſichtspunkt bloß eine andere Art der Betrachtung des Gegenſtandes enthielte, ihn uns nur in anderer Beleuchtung, in einem helleren Licht zeigte. Allein ſeine Wirkung gleicht nicht der des Lichts, das den Körper bloß erhellt, ſondern der der Wärme, die ihn aus dem feſten Zuſtand in den tropfbar flüſſigen verſetzt. Der Rechtsſtoff, der in ſeiner primären ſpröden Geſtalt der Kunſt des Juriſten die engſten Gränzen zieht, wird durch jenen Geſichtspunkt ſo zu ſagen in Fluß und dadurch in einen Zuſtand verſetzt, in dem er ſich formen und geſtalten läßt, und in dem die verborgenen Kräfte und Eigenſchaften, die in ihm ruhen, geweckt und zur Action genöthigt werden. Die naturhiſtoriſche Methode bedeutet die Erhebung des Rechtsſtoffes in einen höhern Aggregatzuſtand.

Dieſe Erhebung des Stoffs iſt zugleich die Erhebung der Jurisprudenz ſelbſt. Von einer Laſtträgerin des Geſetzgebers, einer Sammlerin poſitiver Einzelnheiten ſchwingt ſie ſich auf zur freien Kunſt und Wiſſenſchaft; zu einer Kunſt, die den Stoff künſtleriſch bildet, geſtaltet, ihm Leben einhaucht, zu einer Wiſſenſchaft, die trotz des Poſitiven in ihrem Gegenſtande ſich als Naturwiſſenſchaft auf geiſtigem Gebiet bezeichnen läßt. Dieſer Vergleich iſt keine müßige Spielerei; denn es gibt, wie aus dem Verlauf der Darſtellung hervorgehen wird, keinen Ausdruck, der das Weſen ihrer Methode ſo zutreffend erfaßte, als den der naturhiſtoriſchen Methode. Auf dieſer Methode beruht das Geheimniß der Jurisprudenz, ihre Macht über den Stoff und ihre Anziehungskraft für den Verſtand. [506a])

506a) Daß die Befriedigung, welche die Jurisprudenz dem bloßen Ver-

Vergegenwärtigen wir uns die Conſequenzen, welche dieſe Anſchauungsweiſe für die Behandlung des Stoffs nach ſich zieht.

Der juriſtiſche Körper.

An die Annahme eines Seins knüpft ſich mit Nothwendigkeit die Frage nach dem Anfange und Ende deſſelben (Entſtehungs- und Endigungsarten der Rechtsverhältniſſe), an die Annahme eines Körpers die Frage nach ſeiner Natur, Beſchaffenheit, Beſtimmung, ſeinen Kräften, Eigenſchaften, ſeiner Aehnlichkeit und Verſchiedenheit von andern Körpern, den Verbindungen, die er mit ihnen eingehen, oder den Conflicten, in die er mit ihnen gerathen kann. Ich will die hauptſächlichſten Punkte, auf die es hier ankommt, hervorheben. [507])

ſtande gewährt, nicht das Höchſte iſt, iſt mir je länger je mehr klar geworden, und ich habe die Spuren der Ueberſchätzung der logiſchen Seite des Rechts, welche die erſte Auflage an ſich trug, möglichſt zu tilgen geſucht. Ueber dem bloß Formalen der juriſtiſchen Logik ſteht als Höheres und Höchſtes die ſubſtantielle Idee der Gerechtigkeit und Sittlichkeit, und eine Vertiefung in ſie, d. h. wie ſie in den einzelnen Rechtsinſtituten und Rechtsſätzen zum Ausdruck und zur Verwirklichung gelangt, iſt nach meinem Dafürhalten die ſchönſte und erhabenſte Aufgabe, welche die Wiſſenſchaft ſich ſtellen kann.

507) Ich gebe gleich hier einiges Quellenmaterial, das der Leſer für die folgende Darſtellung benutzen kann. Der Rechtskörper hat in der Sprache der römiſchen Juriſten ſeine beſtimmte Natur: natura z. B. die Servitut L. 32 §. 1 de S. P. U. (8. 2), die habitatio L. 3 Cod. de usufr. (3. 33), die Emphyteuſe §. 3 I. de loc. (3. 25), die Obligation L. 2 §. 1 de V. O. (45. 1). die Correalobligation L. 5 i. f. de fidej. (46. 1), das Depoſitum L. 24 Dep. (16. 3), die Dos Tit. Cod. de rei uxoriae actione . . et de natura dotibus praestita (5, 13), die Frucht L. 69 de usufr. (7. 1); auch wohl causa L. 24 §. 21 de fid. lib. (40. 5), ſein beſtimmtes Weſen: substantia z. B. die Obligationen L. 8 de O. et A. (44. 7), L. 6 Cod. si cert. (4. 2) L. 5 de fid. (46. 1), der Kaufcontract L. 3 Cod. de cont. emt. (4. 38) L. 72 pr. D. ibid. (18. 1). Er hat eine beſtimmte Macht und Kraft: potestas z. B. die Klage L. 47 §. 1 de neg. gest. (3. 5), L. 11 §. 1 de act. emt. (19. 1), die Obligation L. 13 de duob. reis (45. 2), oder effectus L. 47 §. 1 cit., einen status L. 9 §. 1 de duob. reis (45. 2). Andere Beiſpiele bei Kuntze, Wendepunkt der Rechtswiſſenſchaft.

1. Begriff, Structur. Die erſte Aufgabe bei der Unterſuchung des juriſtiſchen Körpers beſteht in der Frage: was iſt er, iſt er ein ſelbſtändiger Körper, oder läßt er ſich auf einen andern zurückführen?[508] Es wiederholt ſich hier für uns das Geſetz der juriſtiſchen Analyſe, keinen Körper als ſelbſtändig anzuerkennen, der ſich aus einem oder mehreren andern herſtellen läßt.

Die Angabe deſſen, was der Körper iſt, iſt gleichbedeutend mit dem Begriff deſſelben, der Begriff „begreift" d. h. ergreift ihn in ſeiner Weſenheit, er „definirt" ihn d. h. gränzt ihn von andern ab, gibt ihm ein logiſches „Für ſich ſein". Der Begriff enthält alſo die logiſche Quinteſſenz des Körpers, ſeinen innerſten Kern oder Individualitätspunkt, in ihm muß die ganze Kraft des Körpers beſchloſſen liegen, alles und jedes, was an und mit ihm vorgeht, muß ſich mit dem Begriff vertragen. Eine Begriffsbeſtimmung iſt daher im Grunde nicht das Erſte, ſondern als formelle Redaction oder Concentrirung der gefundenen Reſultate erſt

---

Leipzig 1856. S. 75 z. B. obligatio nascitur, in pendenti est, consumitur, vires ex praesenti accipit, confunditur. Dieſe Natur und Kraft iſt ein praktiſcher Begriff, es werden daraus z. B. in den obigen Stellen folgende Folgerungen abgeleitet: daß die Servitut nicht beſeſſen, gewiſſe Obligationen nicht getheilt werden können, daß gewiſſe Verabredungen als gegen das Weſen des Vertrags (des Depoſitums, der Correalobligation) verſtoßend ungültig ſind, daß das Eigenthum erliſcht u. ſ. w. Als Beiſpiel für die Art, wie die römiſchen Juriſten mit dieſer Anſchauung des juriſtiſchen Körpers operiren, möge ſtatt vieler andern L. 14 §. 1 de novat. (46. 2) dienen. Ein Nichtjuriſt würde die Entſcheidung des Verhältniſſes, das der Juriſt hier vor Augen hat (unbedingte Novation einer bedingten Forderung) lediglich auf den Willen der Parteien ſtellen, der Juriſt dagegen entnimmt ſie dem Verhältniß der gegenſeitigen Einwirkung der beiden Obligationen, er unterſucht, wie und wann die eine durch die andere afficirt wird. Andere charakteriſtiſche Beiſpiele ſ. in L. 3 §. 9 de adim. leg. (4, 34), L. 34 §. 11. 12 de leg. I. (30), L. 27 §. 2 de pact. (2. 14), L. 5 de fidej. (46. 1).

508) So z. B. iſt die ſ. g. Genoſſenſchaft ein eigenthümlicher juriſtiſcher Begriff oder eine (wenn auch modificirte) Societät oder juriſtiſche Perſon? Als Beiſpiel aus dem römiſchen Recht diene die Zurückführung der traditio brevi manu, des constitutum possessorium, des Erwerbs der Früchte von Seiten des Pächters, des jactus missilium auf die Tradition.

möglich, nachdem die Untersuchung des Körpers vollständig abgeschlossen ist; Trendelenburg nennt die Begriffsbestimmung ganz treffend das Monogramm des logischen Verstandes. Uebrigens verwechsele man nicht die Anschauung und Formulirung des Begriffs. Die Anschauung kann eine durchaus richtige sein, während die Formulirung, die Definition mißlungen ist. So operiren die römischen Juristen mit ihren Begriffen mit größter Sicherheit, obschon ihre Definitionen, wie sie selbst zugestehen, [509]) nicht selten durchaus ungenügend sind.

Der Begriff also erfaßt den Körper in dem, was er ist. Allein worin liegt dies „Ist"? Man könnte meinen, in dem Zweckmoment, denn die praktische Aufgabe, die er zu lösen habe, enthalte den Grund, warum er überhaupt existire, warum er gerade so und nicht anders sei, kurz seinen logischen Schlüssel. Ich will nun allerdings nicht läugnen, daß das Zweckmoment für das (ich meine nicht bloß rechtsphilosophische, sondern auch praktisch-juristische) Verständniß des Instituts höchst wichtig, ja unerläßlich ist; [510]) was ich bestreite, ist nur, daß die juristische Theorie darnach definiren darf. [511]) Ist denn aber z. B. die Defini-

509) L. 262 de R. J. (50. 17).

510) In unserm juristischen Unterricht könnte und müßte es in viel höherem Grade berücksichtigt werden, als es gewöhnlich geschieht, namentlich rücksichtlich so mancher römischen Einrichtungen, die unserm heutigen Verständniß ferner liegen. Die römischen Juristen heben das Zweckmoment nur selten hervor (als Beispiel diene die Usucapio, Savigny System Bd. 5 S. 268 Note e), weil es Demjenigen, der mitten im Leben steht, ganz geläufig ist.

511) Als bekanntes Beispiel einer solchen teleologischen Definition nenne ich die Einertsche Definition des Wechsels als kaufmännischen Papiergeldes; sie charakterisirt bloß die hauptsächlichste praktische Verwendung des Wechsels, nicht seine juristische Natur. Ontologisch definirt ist der Wechsel ein von seiner causa abgelöstes Geldversprechen, oder, um mit Thöl zu reden, ein Summenversprechen. So wird der Jurist den Begriff des Bannrechts stets auf das jus prohibendi zu stellen haben, ohne daß damit die Hervorhebung des Zweckmoments: des vermittelst dieses jus prohibendi auszuübenden indirecten Zwanges auf den Pflichtigen für entbehrlich erklärt werden soll.

tion des Depoſitums und Commodats als Hingabe zum Zweck der Aufbewahrung und Benutzung eine fehlerhafte? Gewiß nicht, aber auch nur aus dem Grunde, weil hier das Wort Zweck nur ein anderer Ausdruck für Inhalt iſt. Hingabe zum Zweck der Aufbewahrung oder Benutzung heißt hier nichts als Hingabe mit der Verpflichtung zur Aufbewahrung, mit dem Recht der Benutzung. Wo wir aber den Ausdruck in ſeinem rechten Sinn gebrauchen, meinen wir mit dem „Zweck" des Inſtituts etwas dem Inhalt Entgegengeſetztes, etwas Höheres, außer ihm Liegendes, zu dem letzterer ſelbſt ſich nur als Mittel verhält. Iſt nun aber unſere Wiſſenſchaft nur eine Theorie der Mittel, ſo zu ſagen der materia medica, die das Recht für die Zwecke des Lebens in Bereitſchaft hat, ſo müſſen wir die Mittel nach Momenten, die ihnen immanent ſind, beſtimmen, ganz abgeſehen davon, daß eine Beſtimmung derſelben nach Zwecken, wenn vielleicht auch bei einzelnen denkbar, im allgemeinen unausführbar ſein würde [512]) Denn nicht bloß ſind dieſe Zwecke etwas höchſt unbeſtimmtes, ſchwankendes und durchkreuzen ſich in einer oft unentwirrbaren Weiſe, ändern und wechſeln, ohne daß mit dem Inſtitut ſelbſt die geringſte Veränderung vor ſich geht, ſondern es gibt auch eine anſehnliche Zahl von Rechtskörpern, bei denen ein Zweck überhaupt gar nicht angegeben werden kann, da ſie nicht einem praktiſchen Bedürfniß (utilitas), ſondern nur der juriſtiſchen Conſequenz oder Nothwendigkeit (ratio juris) ihren Urſprung verdanken, nur exiſtiren, weil ſie nicht nicht-exiſtiren können. Definiren aber darf man nur nach einem Moment, nach dem man auch claſſificiren kann; ein Geſichtspunkt, der für die Beſtimmung ſämmtlicher Körper oder die Syſtematik des Ganzen ungeeignet iſt, iſt es auch für die Beſtimmung des einzelnen. Wir definiren

512) Wo ſollte z. B. die Vormundſchaft ihren Platz finden? Wo der Uſusfructus? Wäre der Zweck das maßgebende Moment, ſo müßten der Pachtcontract, die Emphyteuſis und der Uſusfructus an Grundſtücken an einer Stelle zuſammengeſtellt werden!

den Körper alſo nicht nach dem, was er ſoll oder was er leiſtet, ſondern nach ſeiner Structur, ſeinen anatomiſchen Momenten. Solche Momente ſind z. B. Subject, Object, Inhalt, Wirkung, Klage. Den Hauptgegenſtand unſerer Definitionen bilden die Rechte im ſubjectiven Sinn, und an ihnen will ich die Aufgabe und die Methode veranſchaulichen.

Bei jedem Recht kommt zunächſt in Betracht das Subject. Die Beſtimmung der Frage, wer juriſtiſch als Subject anzuſehen, und wie das Verhältniß zwiſchen Subject einerſeits und dem Gegenſtand und Inhalt des Rechts andererſeits gedacht werden ſoll, kann oft mit großen Schwierigkeiten verknüpft ſein. Dies namentlich dann, wenn entweder die Verbindung des Subjects mit dem Gegenſtand keine unmittelbare iſt, ſondern durch irgend ein Verhältniß, wie z. B. bei der Prädialſervitut durch das praed. dominans, bei Obligationen auf den Inhaber durch das Papier vermittelt wird, oder wenn bei einem und demſelben Recht mehrere Berechtigte concurriren, ſei es ſo, daß ſie ſich theilen ſollen, oder ſo, daß Einer von ihnen das Ganze haben ſoll. Für den erſten Fall iſt die einfachſte Form die einer Theilung des Rechts nach Zahl der Perſonen (z. B. beim Mitbeſitz, Miteigenthum, bei der Obligation); hier drückt ſich die Thatſache der Vielheit der Perſonen im Innern des Rechts ſelbſt aus, es ſpaltet ſich das Recht in ſo viele Theile, als Perſonen da ſind. Aber ſelbſt bei dieſer einfachſten Form des Verhältniſſes kann man darüber ſtreiten, wie man ſich jenen innern Vorgang — ſoll ich ſagen naturhiſtoriſch, ſinnlich oder juriſtiſch? — zu denken habe, z. B. beim Miteigenthum als eine atomiſtiſche Theilung der Sache oder als Theilung des Rechts oder richtiger des Inhalts des Rechts. Eine andere Form für dies Verhältniß einer nicht-ſolidariſchen Concurrenz gewährt die juriſtiſche Perſon. Letztere iſt nicht ſelbſt der Deſtinatär der Rechte, die ſie hat, ſondern dies ſind die phyſiſchen Perſonen, die, ſo zu ſagen, hinter ihr ſtehen, und für die ſie nur den techniſch-nothwendigen Stellvertreter (Rechtsträger) abgibt, ſei es ein geſchloſſener Kreis von

Individuen (universitas personarum) oder eine unbestimmte Vielheit (universitas bonorum, bei einem Hospital z. B. die Kranken, bei einer Kunstanstalt die Kunstfreunde). Sie ist (wenigstens ihrer privatrechtlichen Bedeutung nach) nur ein technisches Instrument, um den Mangel der Bestimmtheit der Subjecte unschädlich zu machen.[513])

Für den zweiten oben genannten Fall der subjectiven Concurrenz (der solidarischen Berechtigung) bieten uns die solidarischen Obligationen im engern Sinn und die Correalobligationen ein bekanntes Beispiel. Die Structurfrage lautet hier so: haben wir uns das Verhältniß als zwei Obligationen mit demselben Inhalt oder als eine Obligation mit zwei Subjecten vorzustellen?

Als Beispiel für die richtige Feststellung des Gegenstandes des Rechts nenne ich das Erbrecht und die Obligation, da für beide die Ansichten vorzugsweise auseinander gehen. Ist beim Erbrecht die Masse der einzelnen Rechtsverhältnisse oder die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers der Gegenstand? Ist es bei der Obligation der Schuldner, dessen Wille, oder die zukünftige Handlung? Auch für den Inhalt kann die Obligation uns insofern ein Beispiel darbieten, als man gefragt hat, ob das Recht des Gläubigers auf die Handlung oder auf deren Geldwerth gehe? Bei den Servituten streitet man ebenfalls über die Bestimmung des Inhalts, nämlich ob sie abgelöste Eigenthumsbefugnisse oder bloß Beschränkungen des Eigenthums enthalten.

Zur Frage von der Structur der Rechte gehört auch das Accessionsverhältniß derselben zu andern Rechten, so z. B. die Abhängigkeit des Pfandrechts von der Forderung, der Verzugszinsen von der Principalobligation, der Prädialservitut vom herrschenden Grundstück. Sodann die Frage vom Verhältniß der

513) Auch bei der hered. jac. fungirt sie in dieser Weise, auch hier nämlich ist das Subject noch unbestimmt, auch hier also ist sie nur ein Mittelglied zwischen der physischen Person und dem Vermögen. Ich komme auf den obigen Gesichtspunkt später zurück, s. B. 3 §. 55, 61.

Klage zum Recht; läßt sie sich von letzterem trennen, und was bedeutet die Uebertragung der Klage ohne das Recht? ist sie ein Zusatz zu letzterem, oder letzteres selber in seiner processualischen Spannung u. s. w.?

Die übrigen Momente des juristischen Körpers, denen ich mich jetzt zuwende, hängen mit dem so eben entwickelten und unter sich so eng zusammen, und rücksichtlich mancher Punkte, die im Folgenden erwähnt werden sollen, ist es so willkürlich und gleichgültig, ob man sie unter diesen oder jenen Gesichtspunkt bringt, daß ich nur aus Rücksicht auf den Leser, um ihm einige Hauptanhaltspunkte zu gewähren, mich zu einer Sonderung derselben entschlossen habe.

2. Eigenschaften und Kräfte des juristischen Körpers. Ich nenne beispielsweise die Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Rechte, die Expansionskraft derselben, das Accrescenzrecht beim Eigenthum, Usufructus, Erbrecht (das Recht dehnt sich dabei, so zu sagen, aus über einen leer gewordenen Raum), die Trennbarkeit und Untrennbarkeit von der Person (Abhängigkeit vom Leben derselben, Möglichkeit der Uebertragung auf Andere u. s. w.), die Möglichkeit einer solidarischen Vervielfältigung des Rechts an demselben Gegenstand (sei es neben einander, sei es hinter einander z. B. beim Pfandrecht), die Möglichkeit einer Beschränkung oder Verminderung des regulären Inhalts des Rechts (Elasticität; fester Theil des Rechtsgeschäfts: essentialia negotii, beweglicher Theil: naturalia und accidentalia).

3. Phänomene im Leben des Körpers. Dahin gehören vor allen die beiden, welche die Existenz des Körpers selbst betreffen: die Entstehung und der Untergang. Die Existenzfrage erledigt sich aber nicht bloß durch eine Angabe der verschiedenen Entstehungs- und Endigungsarten — dies ist mehr die concrete, specielle Partie der Aufgabe — sondern sie schließt eine Reihe allgemeiner Erörterungen in sich. Dahin zählen z. B. der Zustand der Unentschiedenheit des Seins (Pendenz; nicht bloß bei Bedingungen, sondern auch in vielen andern Verhältnissen); die

Frage von der ewigen oder vorübergehenden Dauer eines Rechtsverhältniſſes, die ſo wichtige Datumsfrage (z. B. wann gilt das Geſchäft als abgeſchloſſen, wann der Verſchollene als verſtorben, wann iſt die actio nata? auf ſie bezieht ſich auch die rückwirkende Kraft der Bedingung und der Ratihabition), Zwiſchenraum zwiſchen dem Begründungsact und der Entſtehung des Rechts (anticipirte Abſchließung des Geſchäfts vor Eintritt ſeiner Requiſite, z. B. beim Pfandrecht vor Entſtehung der Forderung); oder Zwiſchenraum zwiſchen der Entſtehung und der Wirkſamkeit (dies), dauernde oder vorübergehende Lähmung der Rechte (exceptio peremtoria und dilatoria); theilweiſer Untergang, Wiederherſtellung des Untergegangenen, Metamorphoſe, Uebergang in andere Verhältniſſe, Einfluß des Untergangs der Klage auf das Recht (Eigenthum, Obligation), des Wegfalls der Forderung auf die Gegenforderung ꝛc.

4. Verhalten zu andern Körpern. Unverträglichkeit gewiſſer Körper mit andern (z. B. der patria potestas und tutela, der teſtamentariſchen und Inteſtaterbfolge, Unanwendbarkeit des Beſitzes auf die Obligation), Verträglichkeit anderer (z. B. des Beſitzes und der Servitut d. h. Quaſibeſitz), Zuſammentreffen derſelben an demſelben Object oder demſelben Verhältniß und Conflict derſelben (z. B. des Eigenthums und der Obligation d. h. der reivindicatio und der exceptio rei vend. et traditae, des Eigenthums und Pfandrechts, Einfluß der Concurrenz der Klagen), Wegfallen des einen Körpers und Einwirkung dieſes Umſtandes auf den anderen (z. B. Ausfall des vorſtehenden Pfandrechts, Dereliction des praedium serviens oder dominans, Einfluß dieſer Thatſache auf das nachſtehende Pfandrecht oder die Servitut).

Die letzte Conſequenz der naturwiſſenſchaftlichen Methode und die Spitze der ganzen Aufgabe iſt

5. die ſyſtematiſche Claſſification der Rechtskörper oder das Syſtem. Dieſen Punkt habe ich ſchon oben berührt (S. 330).

Die juristische Construction und ihre Gesetze.

Die ganze bisherige Darstellung hatte im Grunde nur einen vorbereitenden Zweck, dem Leser nämlich eine Anschauung von den Gegenständen und Aufgaben der naturhistorischen Methode, oder, was dasselbe sagt, eine Anschauung des juristischen Körpers zu gewähren.

Ich hoffe, daß es keiner Rechtfertigung bedürfen wird, warum ich mich bei diesem Punkt so lange aufgehalten habe, verhältnißmäßig länger, als ich es bei der Hauptaufgabe, zu der ich jetzt übergehe, thun werde. Jene Anschauung war die unerläßliche Vorbedingung zum Verständniß des Folgenden; versehen mit ihr wird der Leser manches, was ich im Folgenden genöthigt bin nur kurz anzudeuten, zu suppliren vermögen. Wir sind an dem Punkt angelangt, um zu dem Ausgangspunkt des Paragraphen: der juristischen Construction zurückzukehren und sie mit Einem Wort definiren zu können, nämlich als Gestaltung des Rechtsstoffs im Sinn der naturhistorischen Methode. Die juristische Construction ist, so zu sagen, die bildende Kunst der Jurisprudenz, ihr Gegenstand, ihr Ziel ist der juristische Körper. Jede Arbeit, die sich auf ihn bezieht, insofern sie gestaltender Art ist, möge sie im übrigen den Körper in seiner Totalität zum Gegenstande haben, ihn erst als solchen ins Leben rufen, oder bloß adminiculirender Art sein, einzelne Vorgänge im Leben des Körpers erklären, scheinbare Widersprüche des Einzelnen gegen den Grundbegriff beseitigen, kurz, wie immerhin sie auch sei, wenn sie nur die Structur des Körpers zum Gegenstand hat, fällt unter den Begriff der juristischen Construction. Ich habe die Beschränkung hinzugefügt: insofern sie gestaltender Art ist. Den Gegensatz dazu bildet die rein receptive Bearbeitung desselben d. h. das bloße Operiren mit den von der Construction aufgestellten Gesichtspunkten, die Erschließung der mittelbar bereits gegebenen Consequenzen; wenigstens bezieht der Sprachgebrauch unsern Ausdruck nur auf die erste Art der Thätigkeit. Jene ist eine

künſtleriſche Production, denn ſie ſchafft etwas Neues, was bisher nicht da war, ſie iſt ein Erfinden, [514]) letztere hingegen iſt nur ein conſecutives logiſches Denken.

Wir unterziehen die juriſtiſche Conſtruction jetzt einer nähern Betrachtung, und zwar erörtern wir zunächſt ihre Geſetze.

Die Conſtruction bezweckt die kunſtgerechte Geſtaltung des juriſtiſchen Körpers. Worin beſteht nun das Kunſtgerechte d. h. welche Rückſichten, Regeln hat ſie dabei zu beobachten, kurz was ſind ihre Geſetze? Ich nehme folgende an.

1. Das Geſetz der Deckung des poſitiven Stoffs. Die poſitiven Rechtsſätze ſind die gegebenen Punkte, durch welche die juriſtiſche Conſtruction ihre Conſtructionslinie hindurch legen muß; im übrigen iſt ſie dabei völlig frei, die eignen Conſtructionen des Geſetzgebers beſitzen für ſie keine verpflichtende Kraft. Der Geſetzgeber ſoll nicht conſtruiren, er greift damit in die

514) Damit iſt zugleich ausgeſprochen, daß ſie weniger Sache des Fleißes und der Gelehrſamkeit als des Talents und der Intuition iſt. Nirgends verwerthet ſich die Arbeit ſo gut und ſo ſchlecht je nach dem Erfolg, den ſie hat, als hier. Eine gelungene Conſtruction iſt in meinen Augen eine juriſtiſche That, eine Leiſtung von bleibendem Werth, eine mißlungene iſt abſolut werthlos, die Arbeit völlig verloren. Niemand, der ſich an eine ſolche Aufgabe wagt, ſollte ſich verhehlen, daß er Lotterie ſpielt; auf einen Treffer fallen hier, wie die Erfahrung lehrt, hundert Nieten. Die Schwierigkeit und das Verdienſtliche derartiger Leiſtungen wird im allgemeinen viel zu wenig anerkannt. Es beruht dies vielleicht darauf, daß, während der eigentlich gelehrten Arbeit ſtets der Schweiß anklebt, man einer derartigen Leiſtung von all' der Mühe und Anſtrengung, die ihr vorhergegangen, nichts anſieht und daher nur zu leicht geneigt iſt in dem, was die Frucht langjährigen Suchens war, das mühelose Geſchenk einer glücklichen Stunde zu erblicken. Ein einziges Wort kann hier oft die Löſung geben, und wenn das Wort ausgeſprochen, erſcheint die Sache ſo natürlich und einfach, daß Jeder es hätte finden können. Man wird unwillkührlich an die Löſung eines Räthſels erinnert, das bekanntlich ebenfalls ganz anders ausſieht, je nachdem man die Löſung kennt oder erſt ſucht. Daß unſere civiliſtiſchen Räthſel nicht ſo leicht zu rathen ſind, kann man ſchon daraus entnehmen, daß unſere heutige Jurisprudenz, namentlich die germaniſtiſche, ſich noch mit einer großen Zahl von Räthſeln trägt, für die der Oedipus noch erſt erwartet wird.

Sphäre der Wissenschaft über, entkleidet sich seiner Autorität und Macht als Gesetzgeber und stellt sich mit dem Juristen auf eine Linie. Haben nun zwar aus diesem Grunde die Constructionen des Gesetzgebers keine andere als eine doctrinäre Bedeutung, lassen sie sich mithin jeder Zeit durch die Jurisprudenz berichtigen und beseitigen, so sind sie darum doch nicht weniger bedenklich. Denn es ist erklärlich, daß der Widerspruch gegen sie nicht so leicht rege wird und einen ungleich schwereren Stand hat als gegenüber rein doctrinellen Constructionen.[515]). Auch das Her-

---

515) Ein bekanntes Beispiel einer gesetzlichen Construction aus der frühern Zeit des römischen Rechts liefert die fictio legis Corneliae; aus der spätern Zeit die Bestimmung Zenos über die selbständige Natur des emphyteuticarischen Contracts. Im allgemeinen aber kann man der römischen Legislation bis auf Justinian den Vorwurf eines solchen Uebergreifens in das Gebiet der Wissenschaft nicht machen. Dagegen verfolgte Justinians ganzes Unternehmen bekanntlich den gerade entgegengesetzten Zweck, seine Institutionen und Pandekten sind Compendien und Gesetzbücher zugleich, und diese Vermischung der Wissenschaft und der Gesetzgebung hat nicht bloß für die moderne Bearbeitung des römischen Rechts in reichem Maße die im Text angedeuteten nachtheiligen Folgen nach sich gezogen, indem die Wissenschaft bei rein wissenschaftlichen Fragen sich durch die Autorität Justinians hat einschüchtern lassen, sondern das Beispiel des Schulmeisters auf dem Thron oder des Gesetzgebers auf dem Katheder, das Justinian gegeben, hat auch in neuern Gesetzgebungen nur zu willige Nachfolge gefunden. Die Wissenschaft soll dem Kaiser lassen, was des Kaisers ist, aber letzterer auch der Wissenschaft, was der Wissenschaft ist. — In jüngster Zeit ist der Kampf gegen solche von unsern neueren Gesetzbüchern aufgestellten Legalconstructionen von der Wissenschaft energisch aufgenommen, insbesondere auf dem Gebiete des österreichischen Rechts z. B. gegen die Begriffe Ober- und Nutzungseigenthum (Randa der Besitz nach österr. Recht, Leipzig 1865 S. 14, 17, Unger System des österr. Privatrechts I S. 608), die Auffassung des Besitzes als eines dinglichen Rechts (Randa S. 27), den Tabularbesitz (derselbe S. 43), den titulus und modus acquirendi (Unger II S. 11), die symbolische Tradition (Randa S. 119, Exner die Lehre vom Rechtserwerb durch Besitz nach österr. Recht, Wien 1867 S. 167 fl.), die Definition der juristischen Personen (Unger I S. 322—324). In ältern wie in neuern Gesetzen ist in dieser Beziehung noch sehr viel zu thun; es gibt nichts verkehrteres, als den Worten, die sie gebrauchen, schlechthin Glauben zu schenken; so gebrauchen

kommen oder die Geschichte kann, sofern es sich in Wirklichkeit nur um bloße Constructionen handelt, dabei nicht ins Gewicht fallen. [515a])

Die Jurisprudenz ist also hinsichtlich der künstlerischen Gestaltung des Stoffs vollkommen frei, insofern ihm nur in der Form, die sie ihm verleiht, dieselbe praktische Kraft verbleibt, wie in seiner bisherigen. Es stehen ihr dabei möglicherweise ganz verschiedene Formen zu Gebote. Aus baupolizeilichen Rücksichten untersagte das ältere Recht dem Eigenthümer die Vindication des ohne sein Wissen in ein fremdes Haus verbauten Baumaterials, das ein Anderer in sein Haus verbaut hatte, und verwies ihn statt dessen auf eine persönliche Entschädigungsklage; nach Trennung des Materials z. B. durch Zusammenstürzen des Hauses setzte es der Vindication kein Hinderniß entgegen. Dieser Gestaltung des Rechtsverhältnisses konnte man einen verschiedenen juristischen Ausdruck geben, nämlich entweder den, daß das Eigenthum untergehe, späterhin aber wieder aufwache, oder den, daß zwar das Eigenthum fortdauere, allein nur nicht geltend gemacht werden könne, so lange die Verbindung dauere. Letztere Vorstellungsweise verdiente vor ersterer offenbar den Vorzug; denn daß das Eigenthum durch eine eigenmächtige Handlung eines Miteigenthümers verloren gehe, war eben so anstößig, als daß es, einmal untergegangen, späterhin wieder aufwache. Angenommen nun,

---

sie z. B. nicht selten den Ausdruck „Besitz", wo der Anspruch auf Uebertragung des Besitzes gemeint ist (Stobbe in meinen Jahrbüchern XII S. 234), so sprechen sie von einem Uebergang des Eigenthums an der verkauften Sache mit Abschluß des Kaufs, wo sie dabei nur den Uebergang der Gefahr im Auge haben und das „Eigenthum" nur als structuellen Gesichtspunkt zur Begründung dieses letztern Satzes verwenden.

515a) Ein Beispiel zu der Behauptung gibt die Construction der Spolienklage für den Pächter bei Bruns, Die Besitzklagen S. 243. Dadurch ist freilich nicht ausgeschlossen ist, daß nicht der Gesichtspunkt, unter den eine Zeit ihre eigenen Einrichtungen gebracht hat (z. B. das Mittelalter das Autonomierecht der Städte und des hohen Adels) für die richtige Auffassung derselben höchst wichtig werden kann.

es hätte das Geſetz die letztere Vorſtellungsweiſe adoptirt gehabt, ſo wäre meiner Anſicht nach die Jurisprudenz durchaus berechtigt geweſen, dieſelbe als eine unvollkommene Conſtruction durch die andere zu erſetzen. Beide führten praktiſch ganz zu denſelben Reſultaten, ſie waren alſo nichts als juriſtiſche Conſtructionen, Verſuche der Wiſſenſchaft, die praktiſchen Sätze rationell zu erklären.

Wenn dagegen ein neuerer Rechtsgelehrter[515b]) den im römiſchen Recht ausgeſprochenen Satz, daß die Hälfte des auf fremdem Grund und Boden gefundenen Schatzes dem Grundeigenthümer gehöre, in der Weiſe mit der Occupationstheorie in Einklang zu bringen verſucht, daß der Finder das Eigenthum am ganzen Schatz erwerbe, aber geſetzlich *verpflichtet* ſei, die Hälfte an den Grundeigenthümer herauszugeben, ſo ſteht *dieſe* Conſtruction mit unſerm obigen Geſetz der Deckung des poſitiven Stoffs in Widerſpruch, denn ſie führt zu Reſultaten, welche dem poſitiven Recht nicht entſprechen, z. B. zu dem, daß der Grundeigenthümer wegen der ihm gebürenden Hälfte nur eine perſönliche Klage gegen den Finder haben würde, während das römiſche Recht, indem es ihm das Miteigenthum an der Hälfte einräumt („dimidium ipsius" §. 39 I. de R. D. 2. 1), ihm damit zugleich eine Klage gegen Dritte gewährt.

2. *Das Geſetz des Nichtwiderſpruchs* oder der ſyſtematiſchen Einheit. Ich brauche kaum zu bemerken, daß es ſich hier nicht um Widerſprüche des Geſetzgebers, ſondern um Widerſprüche der Wiſſenſchaft mit ſich ſelbſt handelt. Die Jurisprudenz iſt wie an das Geſetz, ſo auch an *ſich ſelbſt* gebunden, ſie darf bei ihren Conſtructionen nicht mit ſich ſelbſt, mit den Begriffen, Lehrſätzen, die ſie anderwärts aufgeſtellt hat, in Widerſpruch treten, ihre Conſtructionen müſſen ſtimmen, ſowohl in ſich, als unter einander. Ein *Begriff* duldet keine Ausnahme, ſo wenig wie ein Körper ſich verläugnen, ausnahmsweiſe etwas anderes ſein kann, als er *iſt*. Läßt ſich alſo eine Lage des Körpers

515b) *Puchta* Pandekten §. 154.

auffinden, die mit dem aufgestellten Begriff unverträglich ist, so fehlt ihm die wissenschaftliche Lebensfähigkeit und das Recht auf Existenz. Ob diese Lage eine ungewöhnliche und praktisch wenig belangreiche ist, relevirt nichts, denn es handelt sich bei der ganzen Aufgabe nicht um ein praktisches, sondern um ein logisches Problem.[516] Die Probe der Construction besteht darin, daß die Wissenschaft ihren Körper durch alle erdenklichen Lagen hindurchführt, ihn in jede mögliche Verbindung mit andern Körpern bringt, ihn mit jedem ihrer Lehrsätze vergleicht. Erst wenn alles zusammenstimmt, hat er seine Probe bestanden, ist er ächt und wahr. Als Beispiel nehmen wir die Obligation. Fassen wir dieselbe mit den römischen Juristen einmal als Qualität der beiden betheiligten Personen auf, so folgt daraus, daß sie ohne die beiden Personen nicht existiren kann — denn eine ohne Subject bestehende Qualität ist ein Unding — daß sie mithin mit dem Tode des Gläubigers oder Schuldners untergehen muß. Wenn sie nun dennoch praktisch fortdauert, so muß entweder jene Auffassung selbst aufgegeben werden oder aber — und diesen Weg haben die römischen Juristen eingeschlagen — jener Widerspruch muß dadurch beseitigt werden, daß die Person als fortdauernd gedacht wird. Ein Drittes gibt es nicht, denn das Dritte könnte nur darin bestehen, daß man sich bei dem bloßen Factum der Fortdauer der Obligation beruhigte, darauf verzichtete, letzteres mit dem Begriff der Obligation in Einklang zu setzen. Das wäre

516) So behandeln die römischen Juristen z. B. beim Eigenthum die Frage von der Fortdauer desselben an einem entflogenen Vogel, entronnenen Wilde, so untersuchen sie das Eigenthumsverhältniß an den erbschaftlichen Sachen vor Antretung der Erbschaft, an den unter einer Bedingung legirten Sachen während der Pendenz derselben u. s. w. So stellen sie an sich die Anforderung, da, wo ein Rechtsverhältniß in irgend einem Zeitraum entstanden, den Zeitpunkt der Entstehung anzugeben, und ängnen daher z. B. auch consequent die Möglichkeit der Entstehung überhaupt, wo kein solcher einzelner Entstehungsmoment denkbar ist, L. 8 §. 3 qui pot. (20. 4).

aber ein wissenschaftlicher Bankerott, ein Abfall von aller und jeder Jurisprudenz. Ferner! Wenn die Jurisprudenz einmal den Lehrsatz aufstellt, daß die Obligation durch Zahlung untergeht, so muß es als ein juristisches Unding erscheinen, daß der Gläubiger nach erhaltener Zahlung die Klage noch cediren kann. Nichts desto weniger erkennt das Recht eine Cession des Gläubigers an den Bürgen nach geleisteter Zahlung als möglich an. Auch hier kann die Wissenschaft sich nicht dabei beruhigen, daß es einmal so Rechtens sei, sondern entweder muß sie jenen Satz fallen lassen, oder aber, wenn sie dies nicht will oder kann, einen Gesichtspunkt aufsuchen, der den Widerspruch beseitigt, ihn als einen bloß scheinbaren hinstellt, und dies ist von den römischen Juristen in einer höchst ungezwungenen, überzeugenden Weise bewerkstelligt worden.[517])

Wir können der Anforderung, um die es sich bei unserm zweiten Gesetz handelt, den Ausdruck geben: die Wissenschaft darf keine juristischen Unmöglichkeiten statuiren. Der Begriff der juristischen Möglichkeit und Unmöglichkeit scheint nun auf den ersten Blick ein absoluter zu sein, in der That aber ist er ein relativer. Wie vieles würde den römischen Juristen als juristisch unmöglich erscheinen, was heutzutage als juristisch möglich gilt (z. B. Forderungen, die dem jedesmaligen Inhaber eines Papiers zustehen, Indossamente in blanco, offene Hypotheken an eigener Sache u. s. w.), und an wie manchem nehmen wiederum sie keinen Anstoß, worin die älteren Juristen geradezu einen Verstoß gegen jede juristische Logik erblickt haben würden![518]) Wie im Recht selbst, so findet auch in der Anschau-

517) Die Zahlung des Bürgen ist nämlich unter den Gesichtspunkt eines Kaufs der Forderung gebracht worden; siehe L. 76 de solut. (46. 3).

518) So z. B. die traditio in incertam personam. Die ältere Jurisprudenz konnte sich den jactus missilium nur als Dereliction von der einen und Occupation von der andern Seite construiren. Die neuere hat sich zu der allein zutreffenden Construction der traditio in incertam personam erhoben.

ungsweise der Wissenschaft ein ewiger Fortschritt statt, ihr geistiger Horizont und damit der Kreis des Möglichen erweitert sich, sei es durch ihr eignes Verdienst, sei es durch die Macht der Thatsache, die ihr das bisher für juristisch unmöglich Gehaltene als praktisch nothwendig aufdrängt und ihr damit die Nöthigung auferlegt, das Gebiet des theoretisch Möglichen dem entsprechend auszudehnen. Es gibt für sie in letzterem Fall nur folgende Alternative: es muß entweder das bisherige Dogma[519]) sich dem Neuen oder das Neue sich dem Dogma fügen, entweder müssen die bisherigen Begriffe, Lehrsätze verändert werden, um dem Neuen ein Unterkommen zu gewähren, oder aber letzteres muß durch eine geschickte Manipulation, durch irgend einen geeigneten Gesichtspunkt so zugerichtet werden, daß es mit dem Dogma in Einklang tritt. Dieser letztere Weg ist der nächst gelegene, und es ist nicht bloß verzeihlich, sondern durchaus motivirt, wenn die Jurisprudenz zunächst ihn einschlägt, alle ihre Kunst aufbietet, um sich der Nothwendigkeit zu entziehen mit ihren bisherigen Lehrsätzen zu brechen. Die altrömischen Juristen haben diese Kunst der Vermittelung des praktisch Neuen mit dem theoretisch Alten in hohem Grade verstanden, wovon der Verlauf der Darstellung uns manche glänzende Proben geben wird,[519a]) ja sie schlagen dabei nicht selten Umwege ein, die durch ihre Schwerfälligkeit und Weitläufigkeit nahezu ans Lächerliche streifen (Bd. 3 §. 58). Aber man lasse sich durch die Uebertreibung eines an sich

519) Worauf dies Dogma beruht, daß es nämlich nicht bloß in positiven Rechtssätzen und juristischen Grundanschauungen, sondern auch in allgemein logischen Axiomen besteht (Beispiele der letzteren folgen später), führe ich hier nicht weiter aus.

519a) Eine Menge derartiger Beispiele habe ich B. 3 Note 320. 334 gegeben, einige andere bei Regelsberger, Zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte, Erlangen 1859 S. 7 Note c z. B. „um einen Nießbrauch auch dem Erben zukommen zu lassen, hat man nicht eine Ausnahme von der Unübertragbarkeit gemacht, sondern durch die Verpflichtung zu neuer Bestellung geholfen L. 5 pr. quib. mod. ususfr. (7. 4)."

völlig berechtigten Gedankens nicht an ihm ſelber irre machen, und man hüte ſich, den geſunden ächt juriſtiſchen Sinn, aus dem ſelbſt ſie hervorging, ſo wie die höchſt vortheilhaften Folgen jener Strenge und Pedanterie zu überſehen. Soll das wiſſenſchaftliche Gebäude Feſtigkeit erlangen, ſo rüttle man nicht ohne Noth an dem Fundament, ſo lerne man ſich einrichten und ſich behelfen. Gerade dieſes Sichbehelfen trägt der Wiſſenſchaft reichliche Früchte. Die Noth macht erfinderiſch! Der Nothſtand, in den der Conflict des Neuen mit dem Alten den Juriſten verſetzt, oder richtiger das Beſtreben, dieſen Conflict ohne Schaden des Alten auszugleichen, hat ſich für die Entwicklung des juriſtiſchen Scharfſinns ſehr wohlthätig erwieſen. Er treibt und preßt die ganze dialektiſche Kunſt des Juriſten zur äußerſten Anſpannung und damit zu Erfindungen und Entdeckungen, die ganz abgeſehen von dem unmittelbaren Zweck, dem ſie dienen ſollen, der Wiſſenſchaft höchſt werthvolle und fruchtbare Bereicherungen eintragen. So hat die ſpätere römiſche Jurisprudenz unter dem Einfluß ſolcher zwingenden Veranlaſſungen eine Reihe von Unterſchieden entdeckt, die für ewige Zeiten ihren Werth behalten werden.

Dieſe Kunſt der Vermittelung hat aber ihre Gränzen. Es gibt einen Punkt, über den hinaus das Feſthalten des Bisherigen in Unnatürlichkeit und Zwang ausartet. [520]) Wann und wo derſelbe eintritt, iſt mehr Sache des Gefühls als einer objectiven Beſtimmung. Vermittelnde Conſtructionen, die *dieſer* Zeit genügen, machen einer anderen den Eindruck des Gekünſtelten, und ſo entſchloſſen ſich ſelbſt die römiſchen Juriſten, ſo ſtreng ſie im

520) So z. B. definirten die römiſchen Juriſten urſprünglich das pignus als *Vertrag*, und ſie konnten dieſe Definition bei den erſten Fällen des ſ. g. geſetzlichen Pfandrechts noch mit Anſtand aufrecht halten (quasi tacite convenerit; pignus tacitum). Allein als auch eine teſtamentariſche Beſtellung des Pfandrechts aufkam, ward dies unmöglich, und für das juſtinianeiſche Recht mit ſeinen vielen geſetzlichen Pfändern wäre die Zurückführung deſſelben auf den Geſichtspunkt eines ſtillſchweigenden oder fingirten Vertrages geradezu eine Abſurdität.

übrigen gerade an dem hergebrachten Dogma festhielten, doch hie und da mit demselben offen zu brechen, während die ältere Jurisprudenz sich dieser Zumuthung durch eine vermittelnde Construction entzogen hatte. [521]) Für die heutige Jurisprudenz gäbe es in dieser Beziehung selbst hinsichtlich der rein römischen Theorie (also ganz abgesehen von den Aenderungen derselben durch unser heutiges Recht) noch viel zu thun. [522])

Die bisherige Erörterung hat unser zweites Gesetz bloß nach der Seite hin verfolgt, nach der es uns vom Standpunkt der altrömischen Technik aus interessirt, das Gesetz selbst aber reicht weiter und wird insbesondere für die systematische Classification höchst wichtig, was ich hier jedoch nicht weiter ausführen darf.

Wenn wir die beiden Gesetze der juristischen Construction, die wir bisher erörtert haben, in Gegensatz stellen wollen, so können wir sagen, daß das erste im *positiven*, das zweite im *logischen* Element wurzelt. Das Element des dritten und letzten Gesetzes, zu dem ich jetzt übergehe, möchte ich als *ästhetisches* bezeichnen.

3. *Das Gesetz der juristischen Schönheit.* Man

---

521) Ich erinnere z. B. an den jactus missilium in der Note 518. Das alte Dogma lautet: kein Rechtsgeschäft läßt sich in personam incertam vornehmen. Wollte man dasselbe aufrecht erhalten, so blieb nichts übrig als den jactus missilium in Dereliction und Occupation zu zerlegen. Aber diese vermittelnde Construction war eine gekünstelte, denn sie that dem Willen des Jacenten, der eben nicht auf Dereliction, sondern auf Uebertragung gerichtet war, Zwang an. Die spätere Jurisprudenz gab hier der Wahrheit die Ehre, indem sie eine traditio in incertam personam annahm, und damit änderte sie in der That das obige Dogma; was bis dahin als juristisch unmöglich galt, ward jetzt als möglich angenommen. Wie neuere Juristen z. B. *Puchta* Pandekten §. 147 Note k den Gegensatz beider Constructionen (bei der einen liegen *zwei* einseitige, bei der andern *ein* zweiseitiger Akt vor) übersehen und beide für vereinbar halten konnten (als ob eine Tradition aus Dereliction und Occupation bestände!), ist schwer zu verstehen.

522) Man nehme z. B. die erbrechtlichen Sätze: nemo pro parte testatus etc., semel heres, semper heres und so manche andere, die bereits zur Zeit der klassischen Juristen mehr figurirten als wirklich galten.

wird es für gesucht halten, wenn ich von einem juristischen Kunst- oder Schönheitssinn spreche. Aber die Sache selbst bringt es mit sich, und wenn man mir einmal verstattet hat, von einer künstlerischen Gestaltung des Stoffs zu reden, so wird man sich auch den Kunstsinn gefallen lassen müssen.[523] Auf ihm beruht das Wohlgefallen und Mißfallen, das gewisse Constructionen in uns erregen. Die einen befriedigen uns durch ihre Natürlichkeit, Durchsichtigkeit, Einfachheit, Anschaulichkeit, die andern stoßen uns durch das Gegentheil ab, erscheinen uns gezwungen, unnatürlich u. s. w., ohne daß wir sie darum für verkehrt erklären können. Dies Gesetz ist also nicht, wie die beiden ersten, ein absolutes. Eine Construction, die gegen jene verstößt, ist absolut unrichtig, ist keine Construction; eine schwerfällige, gezwungene Construction dagegen ist, so lange man keine bessere an ihre Stelle setzen kann, berechtigt, nothwendig. In dieser letzteren Hinsicht gibt es also Gradationen, vollkommnere und unvollkommnere Constructionen. Der Vergleich mit der Kunst trifft selbst insofern zu, daß wir von einem verschiedenen Kunststyl verschiedener Epochen der Jurisprudenz sprechen können, wie denn z. B. die Verschiedenheit der ältern und neuern römischen Jurisprudenz in dieser Hinsicht sich einem aufmerksamen Beobachter kaum entziehen kann und von uns auch an den betreffenden Stellen angedeutet werden soll. Der Styl der ältern Jurisprudenz charakterisirt sich vorzugsweise durch das Bestreben einer plastischen Darstellung und Motivirung innerer Thatsachen und Vorgänge, während die spätere Jurisprudenz mehr mit begrifflichen, innerlichen Mitteln operirt, z. B. das Scheingeschäft durch Fictionen ersetzt.

Einer näheren Ausführung dieses dritten Gesetzes enthalte

---

523) Den römischen Juristen schwebte dieselbe Vorstellung vor, sie kannten ein juristisches Schönheitsgefühl und erkannten es als berechtigt an, man denke z. B. an den Vorwurf einer inelegantia juris (bei Gajus I §. 84. 85) und an das Gesetz der Symmetrie (L. 35 l. 100 de R. J. 50. 17).

ich mich, da ſie zum Zweck des Verſtändniſſes der altrömiſchen Technik nicht geboten erſcheint, und die Probeſtücke, die wir ſeiner Zeit von letzterer erhalten werden, auch ohne Commentar verſtändlich ſind. Darum nur folgende Bemerkungen. Je *einfacher* die Conſtruction, um ſo vollkommener iſt ſie d. h. um ſo anſchaulicher, durchſichtiger, natürlicher; in der höchſten Einfachheit bewährt ſich auch hier die höchſte Kunſt. Die verwickeltſten Verhältniſſe ſind von den Römern nicht ſelten mit den einfachſten Mitteln conſtruirt (man denke z. B. an die juriſtiſche Perſon), und Conſtructionen, die den Eindruck des Gekünſtelten, Complicirten machen, müſſen uns von vornherein mit gerechtem Mißtrauen erfüllen. *Anſchaulich* iſt die Conſtruction, wenn ſie das Verhältniß unter einem Geſichtspunkt erfaßt, der unſerer Vorſtellung leicht zugänglich iſt (wie z. B. bei dem Begriff der univ. rerum distantium); *durchſichtig*, wenn die Conſequenzen des Verhältniſſes in dieſem Geſichtspunkt offen hervortreten, wie in dem Begriff der juriſtiſchen Perſon; *natürlich*, wenn die Conſtruction keine Abweichung von dem, was ſonſt in der ſinnlichen oder geiſtigen Welt vor ſich geht,[524] poſtulirt. Beruht unſere ganze Conſtruction einmal auf einer naturhiſtoriſchen Anſchauung, ſo iſt es erklärlich, daß ſie ſich den Geſetzen und Vorgängen der Natur möglichſt eng anzuſchließen, ſie auf ihrem Gebiete und in ihrem Stoff möglichſt nachzubilden verſucht,

524) Solche der Anſchauung der natürlichen Welt entnommene, von den römiſchen Juriſten für die juriſtiſche Conſtruction adoptirte Sätze ſind z. B.: was einmal untergegangen, kann ſeine alte Exiſtenz nicht wieder erlangen; Geſchehenes läßt ſich nicht ändern (z. B. L. 2 de resc. vendit. 18. 5: perire non potuit, quod quis nondum habuit; L. 26 pr. de usufr. leg. 33. 2); Urſache und Wirkung dulden kein vacuum zwiſchen ſich. Dahin gehört der Gedanke vom Gleichgewicht der Kräfte, mit dem z. B. Venulejus L. 13 de duob. reis (45. 2) operirt: cum vero ejusdem duae potestatis sint, non potest reperiri, qua re altera potius quam altera consumatur, L. 5 de fidej. (46. 1), womit auch der Satz: melior est conditio possidentis zuſammenhängt; ferner die Deduction der Unmöglichkeit einer compossessio in solidum in L. 3 §. 5 de poss. (41. 2).

und nicht ſelten ſcheint das „naturale“ der Römer eben dieſe Bedeutung einer Natur-Imitation zu haben.[525])

Die bisherige Erörterung hat uns die Anforderungen angegeben, denen die juriſtiſche Conſtruction zu entſprechen hat, es mögen jetzt noch einige Worte folgen über die Mittel, die ſie zu dieſem Zweck in Anwendung bringt, ich nenne ſie den Conſtructionsapparat.

Die niederſte Stufe in demſelben nehmen ein die von der Sprache recipirten Bilder, z. B. der servus poenae (L. 17 pr. de poen. 48. 19), die Bezeichnung der Servituten als jura praediorum, die der reivindicatio als actio in rem, die des Pfandrechts als obligatio rei. Eine Sache kann weder ein Recht haben, noch verklagt werden, noch Subject einer Obligation ſein. Allerdings kennt unſere Wiſſenſchaft die Möglichkeit einer Perſonificirung deſſen, was in Wirklichkeit nicht Perſon iſt, allein in jenen Fällen iſt daran nicht zu denken, die Perſonification iſt hier keine juriſtiſche, ſondern eine bloß figürliche. Nichts deſto weniger aber glaube ich jene Ausdrücke als Conſtructionsverſuche vom Standpunkt der natürlichen Auffaſſungsweiſe bezeichnen zu dürfen — hat man doch ſogar wirkliche Conſtructionen in ihnen finden wollen — und es läßt ſich nicht läugnen, daß ſie mit Geſchick gewählt ſind und der Anſchauung höchſt brauchbare Anhaltspunkte gewähren. Als gleichfalls einer niederen Stufe angehörige Conſtructionsmittel nenne ich ſodann die Scheingeſchäfte, die hier aber nicht weiter beſprochen werden ſollen, da wir ſpäter Gelegenheit erhalten werden, ſie kennen zu lernen (B. 3 §. 58). An ſie reihen ſich ſodann die Fictionen, die häufig nur das Caput mortuum früherer Scheingeſchäfte ſind. Eine gewiſſe Aehnlichkeit mit der Fiction hat die künſtliche Er-

525) z. B. in der freilich nicht ganz richtigen Abſtraction der Gleichheit der Entſtehungs- und Endigungsarten L. 35 de R. J. (50. 17): nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est.

weiterung natürlicher Begriffe z. B. die Ausdehnung des Fruchtbegriffs auf das uti (fructus civiles), des Beſitzes auf Servituten (juris possessio), die der Perſon auf juriſtiſche Perſonen, die der Sache auf Complexe von Sachen (juriſtiſche Sachen) u. ſ. w. Eins der ſcheinbar künſtlichſten Mittel in unſerm römiſchen Recht iſt die rückwirkende Kraft; von ihr wird an einer andern Stelle die Rede ſein.

Es verbleibt uns jetzt als letzter Punkt noch die Frage nach dem eigenthümlichen techniſchen Werth und Nutzen der juriſtiſchen Conſtruction. Wie verhält ſich letztere zu der früher (§. 38) entwickelten höchſten Aufgabe der Technik, der Erleichterung der ſubjectiven Beherrſchung des Rechts? Wir wollen das durch die Conſtruction im Sinn der naturhiſtoriſchen Methode geſtaltete Recht das Syſtem nennen und faſſen den Inhalt der folgenden Ausführung in die beiden Sätze zuſammen: das Syſtem iſt die praktiſch vortheilhafteſte Form des poſitiv gegebenen Stoffs — und: es iſt die Quelle neuen Stoffs.

1. Das Syſtem iſt die praktiſch vortheilhafteſte Form des poſitiv gegebenen Stoffs.

Die Erhebung des Rechts zum Syſtem im obigen Sinn entzieht demſelben, wie bereits früher bemerkt, ſeine äußerlich praktiſche Form, ohne die innere praktiſche Kraft deſſelben zu vermindern. Alle unſere Begriffe, Eintheilungen ſind praktiſche Potenzen; gewonnen aus Rechtsſätzen, laſſen ſie ſich jederzeit von dem, der es verſteht, wiederum auf ſie zurückführen. (Bd. 1 S. 38.)

Wenn nun jene Umwandlung einerſeits die bisherige Brauchbarkeit des Stoffs um nichts beeinträchtigt, ſo vervollkommnet ſie ihn andererſeits dagegen in höchſt weſentlicher Weiſe.

Erſtens: das Syſtem iſt die anſchaulichſte, weil plaſtiſche Form des Stoffs. Während derſelbe als rein ſtoffartige Subſtanz (d. h. als bloßer Inbegriff von Regeln) nur mit dem Gedächtniß erfaßt werden kann, geſchieht dies in der Geſtalt

des Syſtems vermittelſt des juriſtiſchen Anſchauungsvermögens, der Intuition. Das charakteriſtiſche der Anſchauung liegt in der Einheit, Totalität und Simultaneität des Bildes, das ſie dem Geiſt vorführt. Die Anſchauung ſucht nicht erſt das Einzelne zuſammen, wie das Gedächtniß, ſondern ſie hat daſſelbe gleichzeitig und in ſeinem ganzen Zuſammenhang vor Augen. Dies ſetzt aber voraus, daß ein ſolcher Zuſammenhang, eine Einheit, kurz ein objectiv Anſchauliches exiſtire. Dieſe objective Anſchaulichkeit wird nun für das Recht eben begründet durch das Syſtem. Denn im Syſtem hat ja der Stoff gegliederte Geſtalt angenommen, er hat ſich gruppirt und zuſammengethan zu einzelnen plaſtiſch abgerundeten Körpern. Jeder ſolcher Körper iſt der Träger einer Maſſe von Rechtsſätzen oder richtiger nicht ein bloßer Träger, ein mit ihnen behangenes Gerippe, ſondern die Incarnation, er iſt ſie ſelbſt, ſie ſind ſein Fleiſch und Blut geworden. In ihm hat die Maſſe individuellen Ausdruck und die Möglichkeit eines Totaleindrucks gewonnen. Jeder dieſer Körper hat für uns ſeine beſtimmte Phyſiognomie und Individualität; wer längern Verkehr mit ihnen gepflogen, dem erſcheinen ſie wie „wirkliche Weſen, die ihm durch längeren Umgang vertraut geworden“ (Note 506) — er kennt ſie, wo und in welcher Umhüllung er ſie trifft, er weiß, was ſie können und nicht können, ohne daß er nöthig hätte, viel darüber zu reflectiren und ſich erſt der Gründe bewußt zu werden.

Alles das, was wir mit Recht als Kriterium und Vorzug des ächten juriſtiſchen Denkens betrachten: Raſchheit, Leichtigkeit, Sicherheit des Urtheils oder mit einem Wort: der juriſtiſche Blick hat zu ſeiner Vorausſetzung die objective und ſubjective Möglichkeit der Anſchauung d. h. ein Bild, das angeſchaut werden kann: den juriſtiſchen Körper, und das juriſtiſche Auge, das ſich die Fähigkeit erworben hat, ihn wahrzunehmen.

Zweitens: das Syſtem iſt die bequemſte, weil kürzeſte, concentrirteſte Form des Stoffs — eine Behauptung,

die nach den Ausführungen in dieſem und den vorhergehenden Paragraphen keiner weiteren Erörterung bedarf.

Drittens: das Syſtem iſt die durchſichtigſte Form des Stoffs. In dieſer Form wird die ganze Fülle ſeines Inhalts zu Tage gefördert, alles, was in ihm ſteckt, hervorgetrieben: die Beziehungen der entfernteſten Punkte, die feinſten Unterſchiede und Aehnlichkeiten, die ſtillſchweigenden Vorausſetzungen, die den rechtlichen Dingen zu Grunde liegen, und die gerade wegen ihrer Natürlichkeit und Nothwendigkeit ſich der Beobachtung leicht entziehen — kurz das Innerſte und Geheimſte des Stoffs wird ins Bewußtſein gebracht. Darum könnte man die naturhiſtoriſche Methode etwa die peinliche Frage des Rechts nennen, die den Stoff zum Geſtändniß zwingt. Jene allgemeinen Kategorien, die wir oben mitgetheilt haben: Entſtehung, Untergang, Eigenſchaften u. ſ. w. des Rechtskörpers ſind zwar an ſich inhaltslos, formal, allein ſo wie ſie mit dem Stoff in Verbindung geſetzt werden, entwickeln ſie eine außerordentliche dialektiſche Triebkraft. Immerhin mögen ſie nur Fragen ſein, die wir an ihn richten, allein die Frage iſt der erſte Schritt zur Erkenntniß, ja nicht ſelten die Erkenntniß ſelbſt. Allerdings verſorgt uns auch die Praxis täglich mit Fragen und verhilft uns dadurch mittelbar zu einer Erweiterung unſerer Kenntniſſe, allein die Fragen der Praxis ſind nicht immer gerade die lehrreichſten. Eine völlig unpraktiſche Frage, die aber das Inſtitut, ſo zu ſagen, an ſeiner empfindlichſten Stelle, an ſeiner Wurzel erfaßt, kann für die wahrhafte Erkenntniß deſſelben unendlich viel wichtiger ſein, als die täglich vorkommenden praktiſchen Fragen; mit der Beantwortung einer ſolchen Frage können mittelbar eine Reihe der praktiſch-wichtigſten Fragen, die man bisher auf unmittelbarem Wege vergebens zu löſen ſuchte, ihre definitive Erledigung finden.[528]) So wie die

528) So z. B. hat die Frage von dem Vertragsabſchluß mit einem Tauben ein höchſt geringes Intereſſe, und doch iſt ſie für die Unterſuchung der Natur des Vertragsabſchluſſes höchſt förderlich, ſ. die Stelle von Merlin bei Regelsberger Civilrechtl. Erörterungen, Heft 1 Weimar 1868 S. 13.

Naturwiſſenſchaft die für das Leben folgenreichſten Entdeckungen in der Regel bei Fragen und Unterſuchungen macht, die von vornherein gar keine praktiſche Ausbeute in Ausſicht ſtellten, und wie ſie regelmäßig dadurch dem Leben am meiſten dient, daß ſie ſich ihm entzieht, ſo trifft daſſelbe nicht ſelten auch für die Jurisprudenz zu. Ihre beſten Entdeckungen macht ſie mitunter in völlig unpraktiſchen Regionen, und hätten die römiſchen Juriſten uns auch ſonſt nichts gelehrt, wir wären ihnen ſchon für die eine Lehre zum ewigen Dank verpflichtet: daß nämlich die Jurisprudenz, um praktiſch zu ſein, ſich nicht auf praktiſche Fragen allein beſchränken darf.

2. Das Syſtem iſt eine unverſiegbare Quelle neuen Stoffs.[528a])

Wenn die Jurisprudenz bloß erſchließt, was der Geſetzgeber mittelbar geſetzt und gegeben hat, ſo kann man hier nur uneigent-

---

Der Untergang der Anſprüche durch ſ. g. concursus duarum causarum lucrativarum kommt im Leben außerordentlich ſelten vor, und doch hat jetzt Guſtav Hartmann einen ganz richtigen Treffer bewährt, wenn er von dieſem Punkt aus verſucht hat, die Wurzeln der römiſchen Obligation bloß zu legen, ſ. deſſen Schrift über die römiſche Obligation, Erlangen 1875.

528a]) Ich weiß nicht, ob die Bemerkungen von Arnold, Cultur und Rechtsleben, Berlin 1865 S. 204 u. 430 gegen den obigen Satz gerichtet ſein ſollen, jedenfalls würden ſie dann auf dem doppelten Mißverſtändniß beruhen, einmal, als ob ich unter Syſtem bloß die äußere Anordnung der Begriffe verſtehe, während ich doch mich S. 383 deutlich darüber ausgeſprochen habe, in welchem Sinn ich dieſen Ausdruck gebrauche, nämlich als das Ganze der zur juriſtiſch-begrifflichen Form erhobenen Rechtsbeſtimmungen. Ich kann unmöglich annehmen, daß der genannte Gelehrte die Thatſache hat läugnen wollen, von der jedes Blatt des corpus juris Zeugniß ablegt, daß die in dem Syſtem in dieſem Sinn gebundene oder richtiger lebendige dialektiſche Kraft ſich als eine unverſiegbare Quelle neuer Rechtswahrheiten bewährt hat und täglich bewährt. Das zweite Mißverſtändniß würde darin beſtehen, als ob ich meinte, daß die Jurisprudenz dieſes Ganze aus dem Nichts geſchaffen, während ich den „Stoff" doch als gegeben vorausſetze (ſ. S. 360, 371) und der Jurisprudenz nur die Aufgabe ſeiner Erhebung zu einer höhern d. h. begrifflichen Form vindicire, womit ſich aber ſehr wohl verträgt, daß ſie in Fällen, wo der Geſetzgeber ſie abſolut im Stich

lich von einem neuen Stoff reden; es iſt nicht ſowohl eine Production als eine Enthüllung.[529]) Dagegen gibt es auch eine juriſtiſche Production im ſtrengſten Sinn, die Hervorbringung eines abſolut neuen Stoffes. Wer nur die oberflächlichſte Anſchauung von den Arbeiten der römiſchen Juriſten hat, muß ſie kennen; denn jedes Blatt unſerer juſtinianeiſchen Pandekten legt Zeugniß von ihr ab. Wie viele Lehren hat die römiſche Jurisprudenz geſchaffen, zu denen das poſitive Recht ihr auch nicht den geringſten Anhaltspunkt, den leiſeſten Anſtoß gegeben hatte! Welches Geſetz hatte z. B. etwas beſtimmt über die Theilbarkeit oder Untheilbarkeit der Servituten, des Pfandrechts u. ſ. w.? Und doch iſt dieſe Lehre von der Untheilbarkeit eine der feinſten, die es gibt. Oder wo ſtand etwas über den Eigenthumserwerb durch Specification und Acceſſion? Dieſe Lehren ſind ausſchließlich juriſtiſche Productionen, gewonnen rein auf dem Wege der juriſtiſchen Speculation. Der Stoff, aus dem die Jurisprudenz die Lehre von der Specification und Acceſſion bildete, war nichts als der allgemein logiſche Begriff der Identität, angewandt auf die Umgeſtaltung einer Sache.

Das praktiſche Leben kann dieſer Ergänzung des poſitiven Rechts durch die Jurisprudenz gar nicht entrathen und letztere

läßt, ſelber ſich zu helfen ſucht und hier ſowohl in materieller wie formeller Beziehung eine ſchöpferiſche Thätigkeit entwickelt. Auch das meine ich nicht, als ob, um den Gegenſatz in der Sprache der römiſchen Juriſten zu bezeichnen, die „utilitas“ vor der „ratio juris“ verſtummen müßte, aber das meine ich allerdings und daran halte ich ſtets feſt, daß die Jurisprudenz an der Hand der ratio juris überall ſo weit vorſchreiten ſoll, bis die utilitas ihr in den Weg tritt und Proteſt einlegt; wenn ſie das nicht dürfte, ſo würde ihr nichts übrig bleiben als die Paragraphen des Geſetzbuchs auswendig zu lernen; wo dieſe nicht ausreichten, müßte der Geſetzgeber ſelber den Prozeß entſcheiden. Meine Ausführungen über die „Ueberſchätzung des logiſchen Elements im Recht“ in B. 3 §. 59 werden mich hoffentlich in Zukunft gegen ähnliche aus flüchtiger Lectüre ſtammende Mißverſtändniſſe ſchützen.

529) Man kann darauf anwenden, was Gajus in L. 7 §. 7 de A. R. D. (41. 1) vom Dreſchen ſagt: non novam speciem facit, sed eam, quae est, detegit.

sich dieser Aufgabe, auch wenn sie möchte, eben darum gar nicht entziehen. Jede Jurisprudenz producirt,[530]) selbst wenn sie sich dessen nicht bewußt ist oder wohl gar in der Theorie sich das Recht dazu abspricht, wie dies ja noch heutzutage von Manchen geschieht. Es war ein ganz richtiges Gefühl, das einen Juristen des vorigen Jahrhunderts, den Germanisten Runde, bestimmte, die Natur der Sache als Rechtsquelle aufzustellen; es gibt kaum einen Ausdruck, welcher die von mir im Bisherigen entwickelte naturhistorische Anschauung sowohl der Sache wie dem Namen nach so treu wiedergäbe.

Wie sehr nun diese juristische Production durch die naturhistorische Auffassungsweise bedingt ist, bedarf schwerlich des Nachweises. Vom Standpunkt der niedern Jurisprudenz ist sie schlechterdings nicht zu begründen, vom Standpunkt der höhern aus hingegen ergibt sie sich als nothwendige Consequenz. Haben wir einmal die Vorstellung der Rechtskörper adoptirt, die Idee des individuellen Seins und Lebens auf den gegebenen positiven Stoff angewandt, so müssen wir dieser Idee auch da treu bleiben, wo der positive Stoff uns im Stich läßt d. h. das Fehlende in irgend einer Weise ergänzen. Das Material aber zu dieser Ergänzung gewährt uns theils der einzelne Körper selbst, seine Natur und innere Dialektik, theils die allgemeine Theorie der juristischen Körper.

So öffnet sich denn der Wissenschaft im System ein unabsehbares Gebiet der Thätigkeit, ein unerschöpfliches Feld des Forschens und Entdeckens und eine Quelle des reichsten intellektuellen Genusses. Nicht die engen Schranken des positiven Gesetzes bezeichnen ihr hier die Gränzmarken ihres Reichs, nicht die unmit-

---

530) Darum bezeichneten die spätern römischen Juristen ihre Vorgänger aus der Zeit der Republik ganz zutreffend als veteres, qui tunc jura condiderunt.

telbar praktischen Fragen die Pfade, die sie zu wandeln hat. Frei und ungehindert, wie in der Philosophie, kann der Gedanke hier schweifen und forschen und dennoch sicher gegen die Gefahr sich zu verlieren. Denn die praktische Natur der Welt, in die er sich versetzt findet, lenkt ihn immer wieder zu den realen Dingen zurück. Aber daß er, indem er zurückkehrt, sich gestehen darf, nicht einem bloß subjectiven Erkenntnißdrange genügt zu haben, daß er nicht die bloße Erinnerung an einen hohen geistigen Genuß, sondern etwas für die Welt und Menschheit Werthvolles mit zurückbringt, daß die Gedanken, die er gefunden, keine bloßen Gedanken bleiben, sondern praktische Potenzen werden — eben das gibt all unserm Philosophiren und Construiren in der Dogmatik erst seinen wahren Werth, und die römischen Juristen hatten nicht Unrecht, wenn sie von ihrer Wissenschaft rühmten: veram (nisi fallor) philosophiam, non simulatam affectantes (L. 1 §. 2 de J. et J. 1. 1).

Bringen wir diese Auffassung der Jurisprudenz, diese Anschauung des Rechts mit, dann glaube ich wird es uns nicht Wunder nehmen, daß diese Wissenschaft mehr als ein halbes Jahrtausend in Rom die äußerste Anziehungskraft ausüben und den Rang der ersten Wissenschaft einnehmen konnte. Sie gewährte dem römischen Geist, so zu sagen, die Arena einer dialektischen Gymnastik. Sie erklärt uns zugleich, daß und warum die Römer keine Philosophie hatten, denn alles, was an philosophischem Trieb und Talent in ihnen war, hat in ihr seine Befriedigung und seinen Auslaß gefunden. Und so wird es sich rechtfertigen, wenn wir, indem wir uns ihr jetzt zuwenden, sie von vornherein charakterisiren als: das durch die praktische Richtung des Römervolkes bestimmte geistige Gebiet, auf dem das, was an philosophischem Sinn und Trieb in ihm war, zum Vorschein und zur Entfaltung gelangte, oder kurz weg als die national-römische Philosophie.

B. Die Technik des ältern Rechts.

Die Jurisprudenz.

Die Pontifices — die Geheimhaltung des Rechts — das jus civile im engern Sinn — der pontificische Styl — das Ende der pontificischen Herrschaft.

XLII. Nach einer langen Abschweifung gelangen wir nunmehr auf historischen Grund und Boden zurück. Allein bevor ich ihn betrete, muß ich mir noch eine Bemerkung über das Verhältniß des vorhergehenden Abschnitts zu dem gegenwärtigen erlauben, nicht bloß zu meiner eignen Rechtfertigung, sondern auch im Interesse des Lesers. Meine Darstellung der Theorie der Technik nämlich ist nicht bloß darauf berechnet, das Verständniß des ältern, sondern auch das des spätern Rechts vorzubereiten. An irgend einer Stelle mußte ich sie einschalten, die gegenwärtige Stelle aber schien mir die passendste zu sein, weil uns hier die Frage von der Technik zum ersten Mal begegnete. Ich habe mich jedoch bei meiner Darstellung nicht durch die Rücksicht auf das ältere Recht beengen lassen, ich konnte nicht ängstlich abwägen, ob alles und jedes, was ich sagte, unmittelbar im älteren Recht seine Anwendung finde; ich hatte nur die Wahl, die Theorie der Technik entweder in ihrem ganzen Zusammenhang oder gar nicht zu behandeln. Dieser Zusammenhang aber brachte es mit sich, daß ich der Technik in ihrer ganzen Ausdehnung bis zu ihrem wissenschaftlichen Höhenpunkte folgte.

Indem wir nun an das ältere Recht herantreten, wollen wir uns in unseren Erwartungen möglichst herabstimmen. Daß wir eine Technik finden werden, wissen wir, denn eine Technik hat jedes Recht, auch das ungebildetste, sie ist vor aller Jurisprudenz da (S. 328). Aber ob wir bereits eine Jurisprudenz antreffen werden, davon wissen wir noch nichts, dies muß vielmehr erst Sache der historischen Untersuchung sein. Ich halte es für nöthig, diese Frage gleich hier beim Eintritt in das ältere

Recht zu beantworten, wäre es auch nur, um mir dadurch das Recht zu verschaffen, im Verlauf der Darstellung von Juristen der alten Zeit zu sprechen, aber ich fasse sie hier ganz äußerlich, ich frage nämlich nur: kannte das ältere Recht bereits den äußern Gegensatz zwischen Juristen und Laien, gab es eine eigene Classe von Leuten, deren Beruf in der Kenntniß und Anwendung des Rechts bestand? Ob ihnen der Name von „Juristen im eigentlichen Sinn" abzusprechen sei, [531]) ob ihr Können und Wissen den Namen eines juristischen verdiene, ist eine Frage, die sich erst beantworten läßt, wenn wir mit ihren Leistungen vertraut geworden sind, also erst am Schluß dieses ganzen Abschnittes. Uebrigens ist jenes äußerliche Moment, nach dem ich die Frage hier beantworte, bei weitem nicht so äußerlich, wie es scheint. Diese äußere Absperrung der Jurisprudenz ist der erste Ansatz zur inneren Entwickelung derselben als Wissenschaft; damit der Kern sich entwickele, bedarf er der Schale, und wenn die Schale sich bildet, so ist das ein Zeichen, daß der Kern selber bereits angesetzt hat.

Wer den Gegensatz zwischen Juristen und Laien als etwas Unnatürliches betrachtet, für den hat die Unnatürlichkeit in Rom schon früh begonnen, denn er ist eine der ersten rechtshistorischen Thatsachen, von denen die Tradition zu berichten weiß. Ihr zufolge soll sich diese Gegensätzlichkeit zwischen Juristen und Laien sogar soweit erstreckt haben, daß jene, um sich dem Volk unentbehrlich zu machen, eine förmliche Geheimnißkrämerei mit dem Recht getrieben hätten. [532]) Die historische Kritik hat diese Mittheilung als eine handgreifliche Erdichtung einfach zur Seite schie-

531) Wie Puchta Cursus der Instit. Bd. 1 §. 76 es will. Das Wissen der ältern Juristen hätte sich, meint er, von dem eines jeden Andern nicht qualitativ, sondern bloß quantitativ unterschieden, Juristen im eigentlichen Sinn könne man sie nicht nennen.

532) L. 2 §. 35 de orig. jur. (1. 2). Liv. IX, 46. Cicero pro Murena c. 11. Val. Max. II, 5 §. 2.

ben wollen;[533]) richtiger wäre es gewesen zu fragen, wie sich, wenn an der Sache gar nichts Wahres gewesen, eine solche Fabel habe bilden können? Man hüte sich selber, die Uebertreibung erst hineinzutragen. Daß das Volk sich in völliger Unkunde des Rechts befunden habe, ist allerdings unglaublich, allein das ist auch nicht der Sinn jener Erzählung. Sondern der Sinn ist der: daß das Recht durch die Jurisprudenz dem Volk entfremdet worden war, daß sich neben dem Volksrecht ein Juristenrecht gebildet hatte, und diese Thatsache ist so wenig auffällig, daß sie im Gegentheil die unausbleibliche Folge ist, welche sich überall an das Auftreten und Wirken der Jurisprudenz knüpft. Die Sage hat diese Thatsache nur in ihrer Weise ausgeschmückt, indem sie, wie sie es so gern thut, als Werk der Absicht hinstellte, was ein unbeabsichtigtes und unvermeidliches Resultat der Verhältnisse war.

In jener Sage besitzen wir einen Bericht über einen der wichtigsten Wendepunkte in der Geschichte des römischen Rechts, den Uebergang von der naiven Auffassung des Rechts zur Reflexion d. h. zur Jurisprudenz, und zwar besteht das Interessante und Beachtenswerthe dieses Berichts in zweierlei. Zuerst theilt er uns mit die Zeit, wann dieser Wendepunkt eingetreten ist, nämlich bald nach den XII Tafeln, und sodann — zwar nicht mit dürren Worten, aber für Jeden, der Sagen zu lesen versteht, nicht minder deutlich — wie tief der Riß, der damit erfolgte, vom Volk empfunden sein muß, welchen bleibenden Eindruck dieser Umschwung in der Erinnerung des Volks zurückgelassen hatte. Und in der That war der Riß ein schroffer — um dies behaupten zu können, reichen unsere Nachrichten vollkommen aus — und zwar beruhte diese Schroffheit wesentlich mit auf der eigenthümlichen Form, welche die Jurisprudenz während der ersten Jahrhunderte ihres Bestehens an sich trug.

Die Kenntniß der Gesetze, die Kunst der Interpretation und die Legis Actionen, berichtet uns Pomponius,[534]) waren in der

533) Puchta Cursus der Inst. Bd. 1 §. 77.

534) L. 2 §. 6 de orig. jur. (1. 2).

Zeit nach den XII Tafeln in den Händen der Pontifices, und jährlich ward ein Mitglied aus dem Collegium zur Handhabung der Rechtspflege (qui praeesset privatis) committirt. Wir haben an früherer Stelle (I S. 295—301) den Versuch gemacht zu erklären, wie sich ein so eigenthümlicher Zustand bilden konnte, und sind dort zu dem Resultate gekommen, daß es einen eigenen geistlichen Gerichtshof und einen eigenthümlichen Proceß vor demselben (legis actio sacramento) gegeben habe. Diesen Gerichtshof dürfen wir nun für jene Zeit als den Sitz der eigentlichen Justiz und Jurisprudenz bezeichnen, und wir brauchen bloß den Umstand, daß es eine ständige und geistliche Behörde war, in Anschlag zu bringen, um die Nachrichten über den Charakter und die Stellung der ältesten Jurisprudenz begreiflich zu finden. Wären die Pontifices auch von jener Tendenz nach einem esoterischen Wissen, die alle Priesterschaften des Alterthums beseelte,[535] völlig frei gewesen — und in dieser Allgemeinheit wäre die Behauptung mehr als gewagt, denn in der römischen Religion tritt der Zug nach dem Geheimnißvollen deutlich hervor — bei einer Genossenschaft, deren verfassungsmäßiger Beruf das Wissen und die Gelehrsamkeit war, deren Stellung nicht bloß eine höhere Einsicht, sondern auch die Verpflichtung, den Glauben daran im Volke zu erhalten, mit sich brachte, die aus lebenslänglichen sich selbst ergänzenden Mitgliedern patricischen Standes bestand, bei einer solchen Genossenschaft mußte das Recht mit Nothwendigkeit einer gewissen gelehrten Abgeschlossenheit verfallen und die erforderliche Kenntniß desselben sich mehr und mehr auf das Collegium zurückziehen. Man hat dies „im Angesicht der Volkssitte, in der das Recht lebte und webte, der geschriebenen Gesetze, die öffentlich ausgestellt waren, endlich der allervollkommensten Oeffentlichkeit der Gerichte"

535) K. S. Zachariä betrachtete dies sogar als einen Zug jeder Priesterherrschaft überhaupt. „Die geistlichen Herrschaften halten die Gesetze, nach welchen sie gebieten, fast immer vor dem Volke geheim. So verboten die Päbste das Lesen der heiligen Schriften." Vierzig Bücher vom Staate Bd. 3 S. 22 (Aufl. 2).

(Puchta) für unmöglich gehalten und die Differenz zwischen den Juristen und Laien der damaligen Zeit nicht in eine Verschiedenheit ihres Wissens, sondern des Könnens setzen wollen; die Ueberlegenheit der ersteren habe sich lediglich auf die Anwendung des Rechts bezogen. Allein dieser Behauptung stehen nicht bloß alle äußern Zeugnisse, sondern auch die innere Wahrscheinlichkeit entgegen. Waren auch die Gesetze Jedermann vor Augen, so war doch die Interpretation Sache der Pontifices; [536]) bot auch die Oeffentlichkeit der Gerichtssitzungen Gelegenheit, den Gang des Verfahrens und das rein Aeußerliche der Klagformulare kennen zu lernen, so war doch schon die Kenntniß, wo und wie die verschiedenen Formeln anzuwenden, welcher Sinn mit ihnen zu verbinden, etwas mehr Theoretisches, durch das bloße Zusehen nicht so leicht zu Erlernendes. [537]) Der entscheidende Umstand jedoch ist der, daß es außer der Volkssitte und den Gesetzen noch eine dritte Rechtsquelle, das Recht der Wissenschaft oder das jus civile im engern Sinn [538]) gab, zu der nur der Pontifex völlig freien Zutritt hatte.

Als nothwendiger Inhalt dieser pontificischen Rechtsdisciplin stellt sich uns zunächst dar die Kenntniß der bisherigen Praxis. Daß jener Boden zur Bildung einer constanten

536) L. 2 §. 6 de orig. jur. (1. 2).

537) Bemerkt doch noch Cicero ad Fratr. II, 15 §. 3, daß in tanta multitudine eorum qui una essent, nullum fuisse, qui vadimonium concipere posset.

538) S. die Darstellung bei Pomponius L. 2 §. 5, 6 cit., in der das jus civile oder das alte Juristen-Recht sich unmittelbar an die XII Tafeln anschließt. Wie wenig man übrigens nöthig hat in die Zeiten der ältesten römischen Jurisprudenz zurückzugehen, um den Klagen über die Geheimnißkrämerei der Juristen zu begegnen, zeigt die preußische Kabinetsordre vom 14. April 1780 über die Codification der Provinzialrechte und des gemeinen Rechts §. 5 . . „so werden freilich viele Rechtsgelehrte bei der Simplification dieser Sache ihr geheimnißvolles Ansehen verlieren, um ihren ganzen Subtilitäten-Kram gebracht und das ganze Corps der bisherigen Advokaten unnütze werden." Heydemann, Einleitung in das System des preuß. Civilrechts I S. 19.

Praxis ein höchſt geeigneter war, wird eben ſo wenig der Bemerkung bedürfen, als daß die Fortpflanzung derſelben durch ſchriftliche und mündliche Tradition ſich der Natur der Sache nach nur auf die Mitglieder des Collegs beſchränkte. Im Volke konnte und mußte die Erinnerung wichtiger Rechtsfälle und Entſcheidungen ſich leicht verflüchtigen; bei jenem Colleg ward ſie fixirt und pflanzte ſich von einer Generation zur andern fort. [539]). Den zweiten Beſtandtheil dieſer Disciplin bildete die eigentliche Lehre, die von den Pontifices ſelbſt entworfene Theorie des Rechts. Eine unabweisbare Aufforderung zur Ausarbeitung einer eigenen, ſelbſtändigen Theorie des Rechts lag in der religiöſen Beziehung deſſelben. Soweit dieſe Beziehung reichte — und, wie wir Bd. 1 S. 294 geſehen, reichte ſie im ältern Recht ſehr weit — fand die geſetzgebende Gewalt des Volks keinen Raum; hier waren nur die Pontifices competent, das fas dürfen wir ausſchließlich als ihr Werk betrachten. Allein ihre geſtaltende und rechtsbildende Thätigkeit erſtreckte ſich eben ſowohl auf das jus. Ganz abgeſehen davon, daß ihnen gleichmäßig die Anwendung des jus wie des fas anvertraut war, und ein gewiſſer rechtsbildender Einfluß von jeder Anwendung des Rechts untrennbar iſt, ſo ließ ſich, ſelbſt wenn ſie aus irgend welchem Grunde ihre Doctrinen auf das fas hätten beſchränken wollen, doch eine ſtrenge Gränzlinie zwiſchen beiden Gebieten des Rechts in manchen Verhältniſſen gar nicht ziehen. Wie Vieles war beiden völlig gemeinſam (man denke z. B. an die Lehre von der Zeit) und wie oft erforderte die Durchführung irgend eines Zwecks oder Geſichtspunkts des fas die Unterordnung des jus d. h. eine entſprechende Geſtaltung der profanen Seite des Inſtituts (man denke z. B. an das, was Gajus II, 55 über das urſprüngliche Motiv der usu-

539) Wie feſt und treu die römiſche juriſtiſche Tradition war, dafür gibt die Notiz bei Pomponius L. 2 §. 38 de orig. jur. (1. 2) über den erſten plebejiſchen Pontifex Maximus, Tib. Coruncanius, daß man von demſelben zwar keine Schriften, aber eine Reihe wichtiger Reſponſen kenne, einen eclatanten Beleg. Beide Juriſten trennte ein Zeitraum von vier Jahrhunderten!

capio pro herede berichtet). Und ſodann: wenn einmal die Pontifices, wie wir nachher ſehen werden, im Beſitz einer gewiſſen Methode und gewiſſer allgemeiner Anſchauungen waren, durch welche ſie ſich bei der Geſtaltung des fas beſtimmen ließen: wie kann man annehmen, daß ſie dieſelben beim jus hätten verläugnen, oder, wenn nicht, daß letztere ſich für das jus minder fruchtbar hätte erweiſen ſollen als für das fas? Aber ganz abgeſehen von dieſer Einwirkung des fas auf das jus, wie kann man überhaupt nur daran zweifeln, daß eine ſo feſt gegliederte, abgeſchloſſene, mit einem ſolchen Nimbus umgebene und mit einer ſolchen Macht ausgeſtattete Jurisprudenz, wie dieſe, nicht mindeſtens denſelben, ich meine nicht bloß formell-geſtaltenden, ſondern materiell-productiven Einfluß auf das Recht ſollte gewonnen haben, den die Jurisprudenz bei einer ungleich ungünſtigeren Stellung erfahrungsmäßig überall auszuüben pflegt? Schwerlich würde ſich der große Gegner, den wir hier bekämpfen, dieſer Einſicht verſchloſſen haben, wenn er nicht aus reinem Vorurtheil, oder, indem er die Form mit der Sache verwechſelte, den Pontifices den Namen von Juriſten „im eigentlichen Sinn“ von vornherein abgeſprochen hätte. Allein wenn man nicht den Maßſtab der heutigen Jurisprudenz mitbringt, ſo rechtfertigt ſich eine ſolche geringſchätzige Behandlung derſelben keineswegs. Sie waren Juriſten im ächten, wahren Sinn und in dem Maße würdige Vorgänger der ſpäteren römiſchen Juriſten, daß letztere meines Erachtens nur dadurch, daß ſie ſich auf ihre Schultern ſtellen konnten, groß geworden ſind. Sie hatten ihre Methode, und zwar eine ſehr ſtrenge und conſequente, ſie beſaßen ihre allgemeinen juriſtiſchen Anſchauungen und Axiome, die ſie zu einzelnen Rechtsſätzen verwertheten, und ihr Einfluß auf die ganze Geſtaltung des Rechts war meiner feſten Ueberzeugung nach ein ſo bedeutender, wie ſich die ſpätere römiſche Jurisprudenz, die ihn mit dem Prätor und Kaiſer theilen mußte, deſſelben nicht rühmen konnte.

Doch ich anticipire bereits ein Urtheil, das erſt, nachdem wir die Technik des ältern Rechts vollſtändig haben kennen lernen,

seine Begründung wird finden können. An der gegenwärtigen Stelle handelt es sich nur darum, ob die Pontifices bereits eine eigene, dem Volk fremde Rechtsdisciplin, kurz eine Jurisprudenz hatten, und diese Fragen glaube ich mit aller Gewißheit beantworten zu können.

Die directen Nachrichten über die Leistungen der Pontifices auf dem Gebiet des Civilrechts sind spärlich, denn sie beschränken sich darauf, uns die Legisactionen als ihr Werk zu nennen.[540]) Freilich darf man die Bedeutung dieser Legisactionen nicht unterschätzen, denn sie enthielten nicht bloß die Form des Rechts, sondern zum großen Theil das Recht selbst. Allein für unseren Zweck gewähren sie uns doch kaum eine Ausbeute. Eine um so ergiebigere Quelle aber zur Beantwortung unserer Fragen erschließt sich uns in der alten Religion und dem fas. Auf diesen letzten beiden Gebieten waren die Pontifices unbestrittenermaßen autonom; was sich hier findet, stammt jedenfalls von ihnen. Treffen wir nun auf dem Gebiete des Civilrechts dieselben Grundsätze, dieselbe Methode, kurz denselben Styl wieder, wie auf diesen beiden Gebieten, und zwar einen künstlichen, gelehrten Styl, wie er nur dem Techniker eigen, der Periode der reinen Volksthümlichkeit aber völlig fremd ist — in dem Fall werden wir, da wir einmal für zwei jener Gebiete den Styl mit aller Gewißheit als den pontificischen bezeichnen dürfen, zu der Behauptung berechtigt sein, daß alles, was innerhalb des Civilrechts in demselben Styl gearbeitet ist, im Wesentlichen von den Pontifices stammt. Um jedem Einwande gegen die Beweiskraft dieses Schlusses vorzu-

---

540) Die legis actiones werden von spätern Schriftstellern auf die Bücher der Pontifices zurückgeführt, so von Cicero de orat. I, 43 (Leist, Versuch einer Geschichte der römischen Rechtssysteme. S. 15) und Valerius Probus de notis antiquis. Der letztere Schriftsteller identificirt geradezu die monumenta pontificum (§. 1) mit den legis actiones (§. 4). S. darüber Th. Mommsen in seiner Ausgabe dieses Schriftstellers in den Berichten der Sächs. Gesellschaft der Wiss., philol.-histor. Classe 1853, S. 131 (besonderer Abdruck, Leipzig bei Hirzel).

beugen, bemerke ich, daß die Annahme: es sei dieser Styl schon vor den Pontifices im Rechte heimisch gewesen und von ihnen für die Religion und das fas adoptirt, in dem Maße gegen alle geschichtlichen Gesetze verstoßen würde, daß sie einer ernstlichen Widerlegung nicht bedarf. Gibt man aber den pontificischen Ursprung desselben zu, so wird eine andere denkbare Annahme, nämlich daß die Anwendung desselben auf das Civilrecht nicht von den Pontifices, sondern erst von den spätern Juristen herrühre, schwerlich mehr Beifall finden, womit sich übrigens wohl verträgt, daß die spätern Juristen noch lange in derselben Weise fortgearbeitet haben, wie ihre Vorgänger, und daß also nicht alles und jedes, was im Geist der letzteren gearbeitet ist, ihnen unmittelbar angehörte. Darauf aber kommt es auch nicht an, ob sie den Bau selbst bis ins Kleinste ausgeführt, jeden einzelnen Stein selbst eingefügt, sondern ob sie den Plan gemacht, den Styl bestimmt und wenigstens die Fundamente selbst gelegt haben. Und davon, hoffe ich, soll der Leser sich im Folgenden überzeugen.

Wir vergleichen zu dem Zweck das ältere Recht mit der Religion, zunächst rücksichtlich der Methode ihrer Bearbeitung. Die Methode ist bei beiden genau dieselbe, die charakteristischen Momente der ältern Technik, die uns die spätere Darstellung vorführen wird, kehren sämmtlich bei der Religion wieder. Zunächst der Formalismus. Dieselbe Bestimmtheit,[541] dieselbe scrupulöse Genauigkeit in der Fassung der Formeln,[542] dieselbe Strenge in der Handhabung derselben, wie im ältern Recht; das geringste Versehen im Aussprechen der Formel begründete hier nicht minder wie im Legisactionenprozeß Nichtigkeit.[543] Auf diese Ueberein-

541) Verba certa, solennia, legitima. S. die Belegstellen bei Brissonius de voc. ac formul. lib. I, c. 181, 191 und anderwärts z. B. Festus sub fanum: . . certa verba. Cicero pro domo c. 47 . . solennibus verbis.

542) z. B. die Formel sive deus sive dea es und seu quo alio nomine appellari volueris. Brissonius a. a. O. c. 89.

543) Ambrosch, die Religionsbücher der Römer S. 29, 30. Daher das Versprechen der von einem weltlichen Beamten anzuwendenden Formel

ſtimmung will ich aber kein ſo hohes Gewicht legen, denn der Zug und Hang zum Formalismus ſteckte tief im römiſchen Volk ſelbſt und bethätigte ſich auch da, wo den Pontifices eine Mitwirkung oder ein unmittelbarer Einfluß überhaupt nicht zuſtand z. B. im öffentlichen Recht. Erhielt ſich doch noch bis in die Periode der Aufklärung hinein der Glaube an die myſtiſche Kraft gewiſſer Sprüche und Worte. [544])

Eine zweite Parallele zwiſchen Recht und Religion bieten uns die Umwege, Scheingeſchäfte, [545]) kurz jene ganze Operationsmethode in Fällen, wo man auf directem Wege, ohne mit den bisherigen Grundſätzen in Widerſpruch zu gerathen, den gewünſchten Zweck nicht erreichen konnte. Auch dieſer Erſcheinung aber könnte man zur Noth noch in ähnlicher Weiſe wie der vorhergehenden die Beweiskraft abſprechen. Dagegen halte ich dies für völlig unmöglich rückſichtlich eines dritten Punktes, nämlich der auf beiden Gebieten bis zur äußerſten Conſequenz in Anwendung gebrachten Methode der dialektiſchen Zerſetzung. Wir werden bei der Technik ſehen, daß gerade dieſe Methode, die Schärfe und Strenge, mit der ſie durchgeführt ward, den entſcheidenden Charakterzug des ältern Rechts bildet. Dieſer charakteriſtiſche Zug der juriſtiſchen Technik nun findet ſich in der Religion in einer Weiſe wieder, die jeden Gedanken an eine Zurückführung deſſelben auf das Volk abſolut unmöglich macht, und die nur in der ſcholaſtiſchen Literatur und in den Schriften der Talmudiſten und

(z. B. beim öffentlichen votum, bei der devotio, dedicatio u. ſ. w.) durch den Pontif. Maximus (Brissonius c. 181, c. 192 und anderwärts), die Zuziehung eines custos (Plinius Hist. nat. XXVIII, 3).

544) Die claſſiſche Stelle darüber iſt Plinius Hist. nat. XXXVIII, 3—5.

545) z. B. die Erſetzung der Menſchenopfer durch geflochtene Binſenmänner. Hartung, römiſche Religion Bd. 2 S. 103 fl. Es galt ja, wie Serv. Aen. II, 116 ſagt, als Grundſatz, daß bei den Opfern der Schein für die Wirklichkeit genommen werde, und daß man daher, wenn man ſich die nöthigen Thiere nicht verſchaffen könne, ſie von Wachs oder Brod nachformen könne. Hartung Bd. 1 S. 160. Wir haben dieſen Punkt bereits Bd. 1 S. 351 berührt.

Jesuiten, also ebenfalls theologisch-juristischer Schriftgelehrter, ihr Seitenstück findet. In der Weise spaltet nicht der Glaube und eben so wenig das naive Rechtsgefühl des Volks. Die römischen Götter sowohl wie die römischen Begriffe sind zum großen Theil Producte des gelehrten Laboratoriums. Die ganze römische Götterlehre ist nichts als ein Triumph oder richtiger eine Verirrung der zersetzenden Kraft, sie enthält keine Individuen von Fleisch und Blut, wie die griechischen Götter es waren, sondern ein System von abstracten Unterscheidungen. Alle Ereignisse und Erscheinungen der Natur, alle Kräfte, Eigenschaften, Tugenden, Fehler der Menschen, ihre Zwecke, ihre Arbeit und selbst die trivialsten Verrichtungen sind bis ins Kleinste hinein zergliedert, und aus jedem Begriffsatom ein Gott geschaffen. [546]) Ein Pontifex, der einen spitzfindigen Unterschied entdeckte, hatte einem neuen Gotte das Leben gegeben!

So widerwärtig und unnatürlich eine derartige Behandlungsweise am religiösen Stoff war, so vollkommen entsprechend war sie dem rechtlichen, und wenn man den Pontifices einerseits die abstracten Götter mit Recht zum Vorwurf machen darf, so muß man andererseits gegen die Götter die Rechtsbegriffe in die Wagschale werfen.

Gehen wir von der Methode zum Einzelnen über, so findet sich auch hier wiederum eine reiche Ausbeute. Zunächst die interessante Thatsache, [547]) daß die oberste Eintheilung den Göttern und dem Recht gemeinschaftlich war. Jener für die Systematik des römischen Rechts so wichtig gewordene Gegensatz von res und

546) S. Ambrosch in dem oben angeführten Werk, dem ich auch die im Texte folgende Notiz über die Classification der Götter nach der Kategorie von res und persona entnommen habe.

547) Dadurch rechtfertigt sich also wenigstens zum Theil die Vermuthung von Hugo (Civil. Magaz. Bd. 6 S. 284), die Eintheilung in res, personae und actiones sei ursprünglich nicht für das Recht erfunden, sondern nur auf dasselbe übertragen; die Bedenken, die dagegen von Andern (z. B. von Savigny, System Bd. 1 S. 396) ausgesprochen sind, erledigen sich durch die obige Darstellung.

BIBLIOTHECA BODLEIANA

persona, nach dem von Gaius Zeit an das römiſche Recht anderthalb Jahrtauſend vorgetragen iſt, war urſprünglich ein Geſichtspunkt zur Claſſification der Götter, — die actiones in rem und in personam fanden ihr Vorbild unter den Göttern, auch letztere gingen, mit juriſtiſchem Ausdruck geſprochen, entweder in rem oder in personam, je nachdem das Verhältniß, der Gegenſtand, den man ihnen zum Sitz beſtimmt hatte, eine Sache oder eine Perſon betraf.

Es iſt oben aus inneren Gründen angenommen, daß die Pontifices ſich im geiſtlichen Recht durch dieſelben Anſchauungen und Tendenzen haben leiten laſſen, wie im weltlichen; dazu jetzt einige Belege. Ein Grundzug des älteren Civilrechts war die Abneigung gegen alles Ungewiſſe und Unbeſtimmte, die Richtung auf das certum. Man vergleiche damit die Controverſe der Pontifices bei Livius XXXI, 9. Nach früherem Recht waren die öffentlichen Spiele nur von beſtimmtem, real dafür ausgeworfenem Gelde (pecunia certa) gelobt,[548] und als im Jahre der Stadt 552 ein Conſul im öffentlichen Auftrage Spiele und ein Geſchenk ſchlechthin gelobte, erklärte der Pontifex Maximus dies für ungültig, indem er es beſtritt: ex incerta pecunia vovere debere; si ea pecunia non posset in bellum usui esse, reponi statim debere nec cum alia pecunia misceri, quod nisi factum esset, votum rite solvi non posse, während das Collegium ſich für die freiere Anſicht entſchied, die auch im Civilrecht ſpäterhin in manchen Anwendungen ſich Eingang verſchaffte.

Ein anderer Grundzug des älteren Rechts war die zerſetzende Methode (B. 3 §. 49—55). Kein Rechtsgeſchäft kann zwei verſchiedene Rechtsverhältniſſe, keine Klage zwei verſchiedene Anſprüche umfaſſen. Eben ſo wenig kann ein Tempel zwei verſchiedene Götter aufnehmen.[549]

548) Toties ante ludi magni de pecunia certa voti erant, ii primi de incerta.

549) Liv. XXVII, 25: .. cum aedem Honori et Virtuti vovisset,

Ein wahrer Knotenpunkt juriſtiſcher Grundſätze und gewiß der Ausgangspunkt mancher Lehren, die wir heutzutage nur noch als civiliſtiſche kennen, war das Votum. Um der Terminologie: voti reus, damnatus, vota solvere, reddere, vota rata, irrita, caduca, titulus u. ſ. w. und des bereits angeführten Grundſatzes über certa pecunia zu geſchweigen, ſo war das Votum dasjenige Verhältniß des geiſtlichen Rechts, bei dem von jeher Bedingungen vorkamen[550]) und bei dem die Veranlaſſung zur Ausbildung einer Theorie der Bedingungen unerläßlich war.[551]) Ebenſo war die ſchriftliche Aufzeichnung und die auf die „tabulae“ Bezug nehmende nuncupatio, welche die ſpätere Form der Teſtamente bildete, bei dem Votum etwas ganz gewöhnliches.

Auch die rückwirkende Kraft war dem geiſtlichen Recht bekannt und zwar — bei einem Verhältniß, bei dem die Annahme, daß ſie hier von Alters her ſtattgefunden, ſchwerlich auf Widerſpruch ſtoßen dürfte.[552]) Und wer wird nicht gleich an die exheredatio nominatim facta und inter ceteros erinnert, wenn er hört, daß derſelbe Gegenſatz auch bei Anrufung der Götter ſtattfand, und daß hier der Ausdruck ceteri ſogar ein techniſcher war?[553]) Selbſt die Idee, daß die Erbeutung die normale Quelle

---

dedicatio ejus a pontificibus impediebatur, quod negabant unam cellam duobus recte dedicari, quia si de coelo tacta aut prodigii in ea aliquid factum esset, difficilis procuratio foret, quod, utri Deo res divina fieret, sciri non posset; neque enim duobus nisi certis Deis rite una hostia fieri.

550) Es gab unbedingte und bedingte Vota. Man vergleiche rückſichtlich der letztern die Menge von Beiſpielen, die Brissonius a. a. O. c. 159—162 zuſammengeſtellt hat z. B. si bellatum prospere esset, si rediero u. ſ. w.

351) Ein Verhältniß des weltlichen Rechts, bei dem daſſelbe ebenfalls von Alters her der Fall war, ſ. oben S. 159 Note 235.

552) L. 28 §. 4 de stip. serv. (45. 3): .. heredis familia ex mortis tempore funesta facta intelligitur. Die Idee der rückwirkenden Kraft der Antretung der Erbſchaft für das Civilrecht wird in dieſer Stelle geradezu auf dies Argument geſtützt, und es kann kaum zweifelhaft ſein, daß das geiſtliche Recht dieſe Idee hier früher hatte und haben mußte als das Civilrecht.

des Eigenthums ſei (Bd. 1 S. 108 fl.), fand in dem „capere“ der Veſtaliſchen Jungfrau ihren religiöſen Ausdruck,[554]) und das jus liberorum und den Begriff der „excusatio“ kannte das geiſtliche Recht jedenfalls längſt vor dem Civilrecht;[555]) daſſelbe iſt von dem Begriff der Caducität zu behaupten.[555a]) Selbſt die operae servorum führen auf die Wurzel des geiſtlichen Rechts zurück,[555b]) die condictio der gleichnamigen legis actio war ein Begriff der Auguraldisciplin.[555c])

Nach allen dieſen Belegen wird ſich die Behauptung rechtfertigen, daß die Pontifices eine eigene Theorie und Methode, kurz eine Jurisprudenz beſaßen. Iſt nun ſchon die Jurisprudenz der großen Maſſe überall etwas Unverſtändliches, ſo erklärt es ſich aus der eigenthümlichen zunftmäßigen Abgeſchloſſenheit, in der ſie in Rom auftritt, ſehr wohl, wie ſie hier geradezu den Eindruck einer Geheimlehre machen konnte.

So tief das römiſche Volk dieſe Abſperrung und die damit verbundene Entfremdung des Rechts empfinden mochte, ſo war dieſelbe doch für die techniſche Entwicklung des Rechts ſelbſt von heilſamem Einfluß. Der Atmoſphäre der Volksthümlichkeit bis

---

553) Brissonius a. a. O. c. 88. Liv. VI, 16: . . Jupiter . . ceterique dii deaeque, und die dort abgedruckte Stelle von Servius: . . more Pontificum, per quos ritu veteri in omnibus sacris post speciales Deos, quos ad ipsum sacrum quod fiebat necesse erat invocari; generaliter omnia numina invocabantur.

554) Gellius I, 12: veluti bello capta. Damit vergleiche man Gaj. IV, 16.

555) Gell. a. a. O.: excusandam (filiam, nämlich gegenüber dem capere zur virgo vest.) ejus, qui liberos tres haberet.

555a) Fest: Caduca auspicia, cum aliquid in templo excidit velut virga e manu.

555b) Serv. ad Aen. XI, 558. In sacris legitur posse etiam operas consecrari ex servis, usque dum solvatur caput hominis. Daſſelbe Verhältniß wird hier (und 591 ibid.) auch in Anwendung auf die Tochter erwähnt: famulam voveo.

555c) Serv. ibid. III, 117. Eine andere Parallele derſelben mit dem Recht bietet die Einheit des Tages bei den Auſpicien (Gell. III, 2, 10) und Teſtament (l. 21 pr. Cod. de test. (6. 23).

zu einem gewissen Grade entrückt, hatte das Recht sich so zu sagen zurückgezogen an einen abgelegenen Ort, an dem es ungestört seine Schuljahre durchmachen konnte. Die Schule, in die es hier kam, war eine strenge; man merkt dem ältern Recht überall an, daß es nicht wild aufgewachsen ist, wie unser deutsches Recht, sondern daß es schon früh unter die Leitung eines fast pedantisch gestrengen, aber consequenten Zuchtmeisters gerathen ist.[556]) Allein gerade dieser Strenge verdankt das römische Recht im wesentlichen jene Solidität und Festigkeit seines Fundaments, jene Einfachheit und Consequenz seiner ganzen Anlage. Um aber eine solche Zuchtmeisterrolle über das Recht auszuüben, dazu bedurfte die Jurisprudenz jener Autorität und exceptionellen Stellung, wie nur eine geistliche Corporation von der Art des Pontificalcollegiums sie zu behaupten vermochte.

Von dem Uebergange der Rechtspflege und Rechtswissenschaft von den Pontifices auf die Prätoren, beziehungsweise nichtzünftige Juristen, weiß die Geschichte uns weiter nichts zu berichten als die Zeit. Nach Pomponius soll die Herrschaft der Pontifices bald nach den XII Tafeln (303) begonnen und beinahe ein Jahrhundert bestanden haben. Man könnte darnach auf die Idee kommen, daß die Einführung der Prätur ihr ein Ende gemacht habe (387). Allein ganz abgesehen davon, daß solch ein plötzlicher und gewaltsamer Umschwung aller sonstigen historischen Entwicklung in Rom widersprechen würde, so beschränkte sich die ursprüngliche Dotation der Prätur auf denjenigen Antheil an der Rechtspflege, den damals die Consuln in Händen hatten, und noch in der Mitte des folgenden Jahrhunderts bei Gelegenheit des Berichts über die bekannte That des Flavius[557]) bezeichnet Livius (IX, 46) das jus civile als repositum in penetralibus pontificum, und am

556) Eine ähnliche Idee scheint auch dem Pomponius vorgeschwebt zu haben, wenn er von den legis actiones in L. 2 §. 6 de orig. jur. (1. 2) sagt: quas actiones ne populus prout vellet institueret, certas solennesque esse voluerunt.

557) L. 2 §. 6 de orig. jur. (1. 2).

Anfang des sechsten Jahrhunderts konnte es als eine Merkwürdigkeit gelten, daß der erste Pontifex Maximus aus der Plebs, Tib. Coruncanius, Jeden, der Lust hatte, zu seinem Rechtsunterricht zuließ. Auch jetzt muß das jus civile und jus pontificium noch eine Zeit lang als gleichbedeutend gegolten haben. [558])

Nach allen diesem möchte sich etwa die Mitte des fünften Jahrhunderts als der Wendepunkt bezeichnen lassen. Verstattet man mir über die Art und Weise, wie der Umschwung erfolgte, eine Muthmaßung, so möchte ich denselben in folgender Weise construiren.

Den ersten Anstoß zu einer Aenderung des bisherigen Zustandes finde ich in der Einführung der Prätur. Bekam auch der Prätor ursprünglich kaum etwas mehr als den Antheil, den bisher die Consuln an der Rechtspflege ausgeübt hatten, so ist es doch ganz erklärlich, daß die Abzweigung dieses Bestandtheils der consularischen Gewalt zu einer eigenen Magistratur in ähnlicher Weise wie bei der Censur eine bedeutende Steigerung desselben zur Folge haben mußte. Das Wachsen der Prätur aber war nur möglich auf Kosten der Pontifices, und es ist außer Zweifel, daß letztere schließlich ihren Antheil an der Rechtspflege d. h. nach meiner Hypothese (B. 1 S. 298 fl.) die legis actio sacramento an die Prätoren verloren haben, denn in der Darstellung dieser legis actio bei Gajus ist nur vom Prätor die Rede. Die Veränderung, die bei dem Uebergange derselben auf die Prätoren eintrat, war eine doppelte; einmal nämlich die Verweltlichung des sacramentum (dasselbe fiel jetzt ans Aerar statt wie früher an den geistlichen Fond) und sodann der Erlaß der reellen Deposition der Summe gegen Sicherheitsbestellung an den Prätor. Allein bevor eine solche totale Reform des bisherigen Zustandes eintrat, muß dieselbe, wenn sich das Gesetz der historischen Entwicklung in Rom hier nicht ausnahmsweise völlig soll verläugnet haben,

558) S. z. B. Liv. XXX, 1 (a. U. 549): . . juris pontificii peritissimus.

allmählig vorbereitet gewesen sein, es muß ein Uebergang Statt gefunden haben. Solche Uebergänge pflegten in Rom in der Weise zu erfolgen, daß dem Alten ein Neues an die Seite gesetzt ward. Im vorliegenden Falle glaube ich nun, daß dieser Uebergang durch die beiden Gesetze vermittelt ward, welche nach Gajus die legis actio per condictionem einführten, die lex Silia und Calpurnia.[559]) Den Pontifices verblieb nach wie vor die legis actio sacramento, allein da die neue Prozeßform einen entschiedenen Vortheil bot, nämlich die Ersparniß des Succumbenzgeldes, so läßt sich annehmen, daß in Fällen, wo sie anwendbar war (bei den actiones in personam auf Geld und andern res certae direct, bei act. in rem durch Einkleidung derselben in eine sponsio praejudicialis d. h. also in allen Fällen der pontificischen Competenz), sich kaum Jemand mehr an die Pontifices wandte. So ward denn die Gerichtsbarkeit derselben zwar nicht direct, aber indirect durch diese Maßregel beträchtlich geschmälert, sie gerieth nach und nach in Abnahme und Vergessenheit, und die Uebertragung der legis actio sacramento auf die Prätoren und Centumvirn ließ sich ohne wesentlichen Eingriff in ihre Rechte bewerkstelligen.

In Folge dieser Umgestaltung des Prozesses, die wir nach den obigen chronologischen Daten in die erste Hälfte des fünften Jahrhunderts setzen dürfen, mußte nothwendigerweise auch das bisherige Verhältniß in Betreff der Rechtskunde eine Aenderung erleiden, und es möge mir erlaubt sein, auch hierüber eine Vermuthung zu äußern. Wollte die damalige Zeit nicht mit der ganzen bisherigen Theorie und Praxis brechen — und wer möchte so etwas für denkbar halten? — so mußte sie sich die Kenntniß derselben von den Pontifices zu verschaffen suchen. Das einfachste und wirksamste Mittel dazu war Eintritt in das Colle-

559) Auf diese Weise würde sich der Zweifel von Gajus IV, §. 20 erledigen: quare autem haec actio desiderata sit, cum de eo, quod nobis dari oportet, potuerimus sacramento [aut per judicis postulationem] agere, valde quaeritur.

gium, und ich glaube, daß dies bis auf Coruncanius der alleinige Weg war, den man einschlagen konnte, um Jurist zu werden. Das Collegium war, so zu sagen, die Rechtsfacultät, bei welcher der zukünftige Jurist seine Schule durchmachte, die Juristenzunft, in die er sich aufnehmen ließ, ähnlich wie dies noch heutzutage bei den Inns in England der Fall ist. Wie aber bei letztern ursprünglich nur die filii nobilium Zutritt hatten, so bei den Pontifices nur die Patricier, bis im Jahre 452, also drei Jahre nach der Veröffentlichung der legis actiones durch Flavius und vielleicht unter dem Einfluß dieses Ereignisses auch die Plebejer mittelst Creirung von vier neuen Stellen Aufnahme erlangten.[560] Da die Eigenschaft als Pontifex die Beförderung zu einem höhern Staatsamt[561] nicht ausschloß, so stand jedem Pontifex die praktisch-juristische Laufbahn offen, und so ward z. B. gleich einer der vier ersten plebejischen Pontifices zum Prätor erwählt.

War nun schon der Eintritt der Plebejer und die Verdoppelung der Stellen für die Verbreitung juristischer Kenntnisse sicherlich nicht ohne Bedeutung, so ward der letzte Rest des Zunftzwanges durch die oben berichtete Neuerung des Coruncanius völlig beseitigt. Von jetzt an war der Bann gebrochen und die Jurisprudenz eine freie Kunst und Wissenschaft geworden. Bald nach ihm war bereits die Sitte des öffentlichen Respondirens in lebendigster Uebung.[562]

Diese Veränderung muß sowohl für die Rechtspflege als die

560) Liv. X, c. 6—9.

561) Selbst nicht zum Consulat Liv. XXIII, 21 i. f., rücksichtlich des Pont. Max. s. Liv. epit. 59. Eine merkwürdige Stelle über die pontifices ist die der Scholia Bobiensia in orat. pro Scauro (Orelli II p. 375): Certi pontifices in saliatu manebant et in ceteris quibusdam sacerdotiis ... ubi haec administrassent, fiebant consules. Der Verfasser stellt sich also das Pontificalcollegium als eine Pflanzschule, eine Vorbereitungsanstalt tüchtiger Kirchen- und Staatsdiener vor.

562) L. 2 §. 37 de orig. jur. (1. 2). Pomponius hat hier nur irrigerweise den Scipio Nasica vor Coruncanius gesetzt. Zimmern, Rechtsgesch. Bd. 1 §. 14.

Jurisprudenz einen Wendepunkt begründet haben. Für *jene* — denn an die Stelle eines ständigen Collegiums, welches sich überall schwerer entschließt von der bisherigen Praxis abzugehen, traten jährlich wechselnde Prätoren und mit ihnen wiederum nicht lange nachher an die Stelle der spröden Form des Legisactionenprozesses die ungleich elastischere und freiere des Formularprozesses. Für *diese*: die Wissenschaft — denn der Stabilismus einer Zunftlehre machte der Freiheit der individuellen Meinung und Forschung, dem regen Wetteifer der Kräfte und Talente Platz. Freilich verging noch lange Zeit, bevor der Umschwung, der hiermit für die Wissenschaft eingeleitet war, sich gänzlich vollzogen hatte, und es würde sehr verkehrt sein zu glauben, als ob die Jünger der Pontifices die Lehre und Methode der Meister verläugnet hätten; wir dürfen vielmehr die ganze Jurisprudenz dieser Periode als Eine und zwar als die *pontificische Schule* bezeichnen. Allein nichts desto weniger war doch die obige Veränderung in der äußern Form dieser Jurisprudenz der erste Ansatz und die unerläßliche Voraussetzung zu einer innern Umwandlung derselben.

Auch in dem Verhältniß der Jurisprudenz zum Volk trat jetzt eine wesentliche Aenderung ein. Nicht als ob die Abhängigkeit des Volks von den Juristen dadurch beseitigt, das Recht dem Volk zurückgegeben worden wäre. Die Juristen blieben so unentbehrlich, wie die Handwerker es bleiben nach Aufhebung des Zunftzwanges. Jene Veränderung hob nicht die *Jurisprudenz* auf, sondern sie öffnete nur den *Zutritt* zu ihr. Diese Freiheit des Zutritts bedeutete aber nichts weiter als die Möglichkeit, durch *Studium* Jurist werden zu können, d. h. dem Volk als solchem kam sie unmittelbar gar nicht zu gute. Wohl aber, wie überall die Aufhebung des Zunftzwanges, *mittelbar*. Ich meine nicht sowohl den bereits angedeuteten inneren Aufschwung der Jurisprudenz, die höhere geistige Freiheit und Beweglichkeit derselben, kurz die gewöhnlichen Folgen, welche die Eröffnung der freien Concurrenz nach sich zieht, sondern die Aenderung in dem

Verhältniß zwiſchen Volk und Jurisprudenz. Letzteres wurde ein ungleich innigeres und näheres. Zunächſt ſchon dadurch, daß es ein freieres ward. Die Jurisprudenz verlor mit dem Zunftzwang nichts an ihrer Herrſchaft, aber letztere verlor ihr Gehäſſiges. Bisher mehr oder minder Sache des Monopols, eine Folge der äußeren Stellung, war ſie von jetzt an nur noch das natürliche Reſultat und Zeugniß der geiſtigen Ueberlegenheit und Unentbehrlichkeit der Wiſſenſchaft. Keine Macht verdiente und fand fortan ſo wenig Widerſtand, Anfechtung und Neid, keine umgekehrt eine ſo bereitwillige Unterordnung und dankbare Anerkennung als ſie. Sodann aber dadurch, daß ſich die Jurisprudenz von jetzt an dem Dienſte des Volkes in einer Weiſe widmen konnte und widmete, wie ſie weder vorher, noch nachher ihres Gleichen hat. Dieſes Dienſtverhältniß iſt für das ganze Verſtändniß der römiſchen Rechtszuſtände und Rechtsentwicklung von ſo eingreifender Wichtigkeit, daß wir demſelben eine nähere Betrachtung widmen müſſen.

In der geringen Zahl ſowohl wie der Amtsthätigkeit der Pontifices lag es begründet, daß dieſelben nicht in dem Maße, wie ihre Nachfolger, dem juriſtiſchen Bedürfniß des Verkehrs gerecht werden konnten, und vielleicht war auch dies einer von den Gründen, der ihnen den Vorwurf der Geheimnißkrämerei einbrachte, jedenfalls aber ein wenn auch unverſchuldeter, ſo doch höchſt drückender Uebelſtand. Ihren Nachfolgern fiel es nicht ſchwer demſelben abzuhelfen. Seitdem die Jurisprudenz eine freie Kunſt geworden, fehlte es *ihr* weder an Jüngern, noch *letzteren* an Muße, um allen Wünſchen des Volkes in dieſer Beziehung nachzukommen. Die Jurisprudenz ward und blieb Jahrhunderte lang eine Lieblingsbeſchäftigung der höheren Stände — eine noble Paſſion,[563] ein Erſatz für eine verſagte oder verſchmähte, ein würdiger Rückzug für eine unterbrochene oder

563) S. den Ausſpruch des Q. Mucius in L. 2 §. 43 de orig. jur. (1. 2.) turpe esse patricio et nobili et causas oranti jus in quo versaretur ignorare.

beendete politische Thätigkeit. [564]) Was man in ihr suchte und an ihr schätzte, war nicht bloß die wissenschaftliche Befriedigung, die das Studium als solches gewährte: Zerstreuung, Unterhaltung, Anregung, kurz der Reiz einer geistigen Gymnastik, sondern die Gelegenheit, sich auch ohne Staatsamt nützlich zu machen, ins Leben einzugreifen, Ansehen und Einfluß zu gewinnen. Ein Sichvertiefen in die Wissenschaft bloß ihrer selbst wegen war dem praktischen Sinn der Römer fremd; die Wissenschaft, die *sie* locken sollte, mußte nicht bloß dem Subject einen Genuß gewähren, sondern der Welt zu gute kommen. Gerade darauf eben beruhte die hohe Anziehungskraft der Jurisprudenz, daß sie nicht bloß dem wissenschaftlichen Bedürfniß, sondern auch dem Triebe nach praktischer Thätigkeit volle Befriedigung in Aussicht stellte. Sie war gewissermaßen der Abzugskanal für die im Staatsdienst nicht verwendbare, überschüssige praktische Kraft.

So kam die Jurisprudenz schon ihrer selbst wegen dem Leben mit größter Bereitwilligkeit entgegen. Ja mehr als das. Sie trieb ihren Diensteifer so weit, daß man sagen möchte, die Jurisprudenz habe mehr das Leben, als das Leben sie gesucht, und der Drang, die Dienste zu erweisen, auf der einen Seite sei stärker gewesen als der Wunsch sich ihrer zu bedienen auf der andern. Wir können uns den thätigen Antheil, den die Jurisprudenz an dem Geschäftsleben nahm, nicht ausgedehnt genug denken, und wenn Cicero den Juristen den Vorwurf macht, sie hätten das Recht so eingerichtet, daß sie überall mit dabei sein müßten, [565]) so dürfen wir demselben, indem wir ihn im übrigen auf sich beruhen lassen, jedenfalls die Thatsache entnehmen, um die es uns hier zu thun ist, die der *Allgegenwart* des *Juristen*.

---

564) Cic. de orat. I, 50 senectutem a solitudine vindicari juris civilis scientia.

565) pro Murena c. 11: notas composuerunt, ut omnibus in rebus ipsi interessent, womit er auf die Formeln zielt. Das Beispiel, das er folgen läßt, ist zwar dem Prozeß entlehnt, allein der Vorwurf selbst ein allgemeiner.

Letztere erleidet freilich eine Beſchränkung. Gerade da nämlich, wo wir den Juriſten nach unſern heutigen Verhältniſſen am erſten erwarten würden, vor Gericht als Sachwalter, trat er, wenigſtens ſpäterhin, regelmäßig zurück, um den Platz der Partei ſelbſt oder dem eigentlichen Redner zu überlaſſen.[566] Um dies zu begreifen, muß man die von unſerer heutigen völlig abweichende Einrichtung des römiſchen Prozeſſes kennen, wornach derſelbe in zwei Theile zerfiel, jus und judicium, oder in ein Verfahren vor dem Prätor und vor dem Richter, judex. Dort hatte der Anſpruch ſeine juriſtiſche Prüfung zu beſtehen, d. h. ob er, das Vorbringen des Klägers als wahr angenommen, juriſtiſch haltbar ſei, ob und welche Einwendungen des Beklagten zuzulaſſen u. ſ. w., und es erfolgte darauf hin gewiſſermaßen ein hypothetiſches Urtheil, nämlich die Inſtruction an den Richter zu condemniren oder zu abſolviren, wenn ſich die von der einen oder andern Partei vorgebrachten Thatſachen bewahrheiten ſollten. Das Hauptaugenmerk des Richters war alſo auf den Beweis gerichtet, und daher erklärt es ſich, daß derſelbe kein Juriſt zu ſein brauchte und es regelmäßig auch nicht war, und ſodann daß die Lehre vom Beweiſe, die in unſerer heutigen Jurisprudenz eine ſo große Rolle ſpielt, in der römiſchen ungleich weniger hervortritt, da ſie mehr Sache des Redners, als des Juriſten war.[566a] Allerdings

566) So wenigſtens zu Cicero's Zeit. Ob es früher anders geweſen, und aus welcher Zeit die Trennung zwiſchen Juriſten und Redner herrührt, läßt ſich nicht beſtimmen. Von dem Juriſten als ſolchem wird auch in älterer Zeit immer nur das respondere, nie das causas orare erwähnt, und von erſterem trägt er auch ſeinen Namen: jure consultus. Von Tubero heißt es in L. 2 §. 46 de orig. jur. (1. 2): transiit a causis agendis ad jus civile. Aehnlich von Servius §. 43 ibid. Schon im ſechſten Jahrhundert der Stadt verbot ein Geſetz, die lex Cincia, ſich pro causa oranda bezahlen oder beſchenken zu laſſen. Schon damals alſo ſcheint es ein Erwerbszweig geweſen zu ſein, und iſt es übrigens auch trotz der lex Cincia geblieben. Tac. Ann. XI, 5—7.

566a) Darum waren es auch Redner und Lehrer der Beredſamkeit, wie Cicero und Quintilian, welche ſie wiſſenſchaftlich behandelten, während uns von einem Juriſten kein Werk darüber genannt wird. Wie der Juriſt ſich

handelte es sich bei der richterlichen Untersuchung nicht lediglich und ausschließlich um die Thatfrage, sondern auch um die rechtliche Beurtheilung derselben, allein in der Regel nur so weit, als dazu die gewöhnlichen Rechtskenntnisse eines Laien ausreichten. Wo ausnahmsweise ein mehreres erforderlich war, namentlich also bei intrikaten Rechtsfragen, Controversen u. s. w., holte der Richter Belehrung bei einem Juristen ein, oder hatte ihn als Beisitzer (Consessor),[566b]) oder die interessirte Partei oder deren Sachwalter brachte von demselben ein Gutachten oder ihn selbst als Gewährsmann mit vor Gericht.[567]) Insoweit pflegte also auch ein Jurist in die Verhandlungen vor dem Richter einzugreifen, im übrigen aber fielen dieselben, wie gesagt, gewöhnlich dem Patron d. i. dem Redner zu. Wo der Richter ein Laie war, begreift es sich, daß auch der Sachwalter keiner großen Rechtskenntniß bedurfte. Eine eigentlich gelehrte juristische Bildung ging ihm regelmäßig ab,[568]) aber nichts desto weniger mußte sein Beruf ihn mehr mit dem Recht vertraut machen als den gewöhnlichen Laien, und er mochte eine ähnliche Mittelstufe

zur Beweisfrage selbst im concreten Fall verhielt, darüber s. die Mittheilung von Boethius ad Cic. Top. X, 11 §. 50 (Orelli I p. 346). Juris peritus de facti qualitate, non etiam de ipsius facti veritate respondet. Idcirco quoties ad Gallum peritum juris facti quaestio deferebatur: „Nihil ad nos" inquiebat et ad Ciceronem potius consulentes i. e. ad rhetorem remittebat.

566b) Cic. de finib. II 19: judex dicere consessori solebat.

567) Cic. Top. 17: nam et adsunt multum et adhibentur in consilio et patronis diligentibus ad eorum prudentiam confugientibus hastas ministrant. L. 2 §. 47 de orig. jur. (1. 2) . . judicibus scribebant aut testabantur qui illos consulebant.

568) Dies gibt auch Cicero von sich zu, ungeachtet er doch einen Cursus in der Jurisprudenz bei Quintus Mucius durchgemacht hatte, pro Murena 13 und de orat. I, 58. Wie weit die Unkenntniß der Redner gereicht haben mag, sieht man aus Cic. de orat. I, 56 sq. quod vero impudentiam admiratus es eorum patronorum u. s. w. Servius (cum in causis orandis primum locum obtineret . .) war so unkundig, daß er nicht einmal ein Responsum des Quint. Mucius sofort verstand. L. 2 §. 43 de orig. jur. (1. 2).

zwischen Laien und Juristen einnehmen wie das heutige Subalternpersonal der Gerichte. Was man von ihm verlangte, war nicht Wissen, Studium, sondern das Talent und die Künste des Advokaten, Fluß und Glanz der Rede, eindringliche Diction, schlagfertige Dialektik, dreistes, muthiges Auftreten selbst bei schlechter Sache, kurz Eigenschaften, die, wie Cicero bemerkt, auch in Rom nicht Jedermanns Sache waren.[569] Es verräth den feinen Takt der Römer, daß sie diesen Beruf weniger achteten, als den des Juristen, eine Thatsache, die Cicero bezeugt, indem er sie bekämpft. Der Jurist konnte der Wahrheit die Ehre geben, er blieb dem Gezänke und dem Kampf der Leidenschaften fremd und nahm für seine Gefälligkeit kein Geld. Der Redner aber, dem nicht selten erst die Aussicht auf Lohn den Mund öffnen mußte,[570] hatte die Verpflichtung sich auf den Standpunkt der Partei zu stellen; er konnte es oft nicht umgehen, die Wahrheit zu bestreiten, der Lüge seine Zunge zu leihen, das Sachverhältniß zu entstellen und zu verwirren, spitzfindige Argumente vorzubringen, an die er selbst nicht glaubte — kurz zu Mitteln seine Zuflucht zu nehmen, die vor der Kritik des feineren Ehrgefühls nicht die Probe bestehen.[571]

Wie es sich nun auch mit dieser Theilung der Arbeit zwischen dem eigentlichen Juristen und Redner verhält, der Umfang der Geschäftsthätigkeit des ersteren blieb immerhin noch ein so ausgedehnter, daß der Ausdruck: Allgegenwart des Juristen ein völlig angemessener ist. Der thätige Antheil, den derselbe am

569) pro Murena c. 13. Sic nonnullos videmus, qui oratores evadere non potuerunt, eos ad juris studium devenire.

570) Tac. Ann. XI, 7: eloquentiam gratuito non contingere.

571) In recht anschaulicher Weise tritt dieser Gegensatz zwischen Juristen und Redner in der Anekdote hervor, die Cicero de orat. 1, 56 mittheilt. Das Responsum, das der Jurist ertheilt hatte, war verum magis, quam ad rem suam (consulentis) accommodatum. Der Redner aber wußte dagegen Rath: alludens varie et copiose multas similitudines afferre multaque pro aequitate contra jus dicere u. s. w., kurz er accommodirte seine Ansicht dem Bedürfniß und Wunsch des Anfragenden.

Rechtsleben nahm, beschränkte sich keineswegs auf rein juristische Dinge, auf Ertheilung eines rechtlichen Gutachtens (respondere), Abfassung von Contracten, Testamenten u. s. w. (cavere, scribere),[572]), sondern er erstreckte sich auch auf Maßregeln rein wirthschaftlicher Art, und selbst auf Fragen des Familienlebens z. B. Verheirathung der Tochter.[573]) Der Jurist war der Vertrauensmann der Familie, ohne dessen Rath nichts geschah, und oft gewiß auch der Unterhändler und Vermittler, kurz er nahm ungefähr dieselbe Stellung ein, welche der Beichtvater vielerwärts zu bekleiden pflegt. Seine Dienstleistungen waren also mehr prophylaktischer Art, während die des heutigen mehr therapeutischer Art sind.[574])

572) Auf Grund der militia urbana respondendi, scribendi, cavendi bei Cic. pro Murena c. 9 hat man die gesammte praktische Thätigkeit in drei abgesonderte Zweige: respondere, scribere, cavere zerlegen wollen, und Bach Hist. Jurisp. II, 2, §. 8—11 gibt sich die erdenklichste Mühe, dieselben zu bestimmen und gegen einander abzugränzen. Allein ich glaube, man hat hier Cicero zu viel Ehre angethan; ich wenigstens kann in seiner angeblichen Classification nichts als eine höchst äußerliche, wissenschaftlich völlig werthlose Aufzählung einzelner juristischer Geschäfte erblicken, und er selbst war wohl weit davon entfernt, ein weiteres zu beanspruchen, denn sonst hätte er doch in seiner Schrift de oratore I, 48 das scribere nicht völlig weglassen und dafür agere setzen können, was Puchta Curs. der Instit. I, §. 76 veranlaßt, noch von einem „vierten Bestandtheil" zu reden. Auf Grund der Stelle in de republ. V, 3. . . responsitando et lectitanto et scriptitando hätte Puchta noch einen fünften Bestandtheil annehmen können! Der Versuch von Bach hätte, wie ich meine, jeden Spätern von dem Glauben an den Werth dieser Eintheilung heilen sollen. Enthält denn das scribere einen Gegensatz zu cavere und selbst zu respondere? Wer ein schriftliches Gutachten ausstellte, der nahm zugleich das scribere und respondere vor (L. 2 §. 47 de orig. jur. 1. 2), wer einen Contract aufsetzte, das cavere und scribere u. s. w. Von einer solchen Eintheilung sollte man lieber schweigen als reden, jedenfalls nicht zu viel Wesens von ihr machen.

573) Cic. de orat. III, 33. Ganz ähnlich ist die Stellung des Gesetzkundigen oder Geistlichen im Islam, von Tornauw, Moslem. Recht S. 56.

574) Ein Gegensatz, den Cicero pro Murena 13 mit salubritas und salus bezeichnet, indem er jene dem Juristen, diese dem Redner zuweist.

Gewiß war es nicht der bloße Thätigkeitsdrang oder eine uninteressante Dienstfertigkeit, die ihn zu seinen Mühwaltungen bestimmte; auch er selbst mußte dabei seine Rechnung finden. Und allerdings fehlte der Lohn nicht. Nur war's freilich kein klingender; die Consultanten kamen mit leeren Händen. Aber wenn auch kein Geld, so brachten sie doch etwas anderes, das einem unabhängig gestellten Römer nicht geringer galt — Ehre, Achtung, Ansehn, Popularität und Einfluß.[575] Je mehr Consultanten, desto höher der Ruf des Juristen; am Consultirtwerden erkannte man den „Jure consultus". Wessen Haus den ganzen Tag über von ihnen nicht leer ward, bei wem sie, um mit Horaz[576] zu reden, schon beim ersten Hahnenschrei anpochten, und wem sie selbst auf dem Krankenlager keine Ruhe ließen,[577] so daß der Thürhüter Mühe hatte, sie abzuhalten,[577a] der genoß eine kaum minder geachtete und einflußreiche Stellung als die höchsten Würdenträger der Republik. Ein solches Haus galt in den Augen des Volks als ein öffentliches, in das Jeder aus- und einging, zu dem Jeder freien Zutritt hatte, es war nach Cicero[578] das Orakel der ganzen Stadt, und diese juristischen Erkundigungsbüreaus gehörten wesentlich mit zur Physiognomie Roms. Von dieser Auffassung ausgehend schenkte einst der Senat einem namhaften Juristen, um dem Volk den Weg zu kürzen, ein Haus an bequem gelegener

575) Der ex privatorum negotiis collecta gratia gedenkt Cicero de orat. III, 33. Wie sehr der Jurist auf Dank rechnete, darüber s. die Anekdote bei Val. Max. IX, 3, 2.

576) Hor. Sat. I, 10.

577) Cic. de orat. I, 45 . . . in ejus infirmissima valetudine affectaque jam aetate.

577a) Seneca de ira III c. 37: iratum ostiario causidici alicujus, quod intrantem submoverat. Daß auch der Redner es nicht viel besser hatte, darüber s. die Klage von Cic. ad Att. II, 14. Sein Haus ist so gut wie ein Gerichtszimmer, immer voll (Basilicam habeo frequentia Formianorum), kaum um 10 Uhr Abends hat er Ruhe (post horam IV molesti ceteri non sunt; die entsprechende Morgenstunde kann hier unmöglich gemeint sein).

578) de orat. I, 45 oraculum totius civitatis.

Stelle.[579]) Wer einen solchen Zuspruch zu Hause nicht erwarten konnte, wie zumeist der Anfänger, oder wer es dem Volk bequemer machen wollte, verstand sich zur ambulanten Praxis und verlegte, so zu sagen, sein Büreau auf die juristische Börse, das Forum, mitten in das Gewühl des Verkehrs und das Getriebe der Rechtspflege, um hier für alle Fälle des unmittelbarsten Bedürfnisses mit Rath und That sofort bei der Hand zu sein.[580])

Die ganze Einrichtung habe ich berührt nicht ihrer selbst wegen, sondern weil sie ein unentbehrliches Hülfsmittel für das Verständniß des römischen Rechts ist. Daß letzteres so und nicht anders geworden, hat zum wesentlichen in ihr seinen Grund; sie hinweggedacht — und Vieles hätte völlig anders werden müssen. Dahin gehört vor allem der von der römischen Jurisprudenz mit eiserner Strenge durchgeführte Formalismus (§. 46). Bei manchen Ausflüssen desselben[581]) muß, wie ich meine, jeden Unbefangenen ein gewisses Grauen beschleichen, und es gehört ein ganz eingefleischter Romanismus dazu, um keinen Anstoß an ihnen zu nehmen oder um gar für das heutige Recht ihre Gültigkeit zu vertheidigen. Man denke sich, daß an einem verkehrten Wort (z. B. heres ne esto statt exheres esto) die Gültigkeit des ganzen Testaments oder der Verlust des Prozesses hing, und daß ein einziges weggelassenes oder gesetztes et vermöge der Grundsätze des Accrescenzrechtes für den Erben oder Legatar eine Million wiegen konnte. So sehr immerhin die Strenge in der Handhabung des Wortes der Weise des römischen Volkes entsprach, so kann ich mir doch den Umstand, daß derartige Subtilitäten praktisch durchführbar waren, daß also das Volk sich nicht dagegen opponirte und sie abschüttelte, nur aus der obigen Einrichtung erklären. In der Hand des Juristen, welcher die Testamente und sonstigen Urkunden abfaßte, verloren sie ihr Gefährliches,

579) L. 2 §. 37 de orig. jur. (1. 2).

580) Cic. de orat. III, 33.

581) Eine Blumenlese daraus habe ich bei einer andern Gelegenheit zusammengestellt. S. meine Jahrbücher B. 1 S. 31 fl.

denn wenn seiner Zeit das Wort auch aufs strengste urgirt ward, so kam doch kein anderes Resultat heraus, als was die Partei selbst beabsichtigt und durch den Juristen nur in kunstgerechter Weise hatte formuliren lassen; was man den Worten *entnahm*, war in sie *hineingelegt*. Nur dadurch waren meiner Meinung nach die strengen Gesetze, welche die Jurisprudenz dem Verkehr dictirte, haltbar, daß die Juristen ihm die Anwendung derselben abnahmen, nur darum waren die schmalen und hart an Abgründen vorbeiführenden Wege, welche die ältere Jurisprudenz im Recht angelegt hatte, erträglich, daß jederzeit ein kundiger und williger Führer bereit stand. [582]) *Die Allgegenwart des Juristen war ein stillschweigendes Postulat des alten Rechts* — selbst im Lager treffen wir ihn. [582a]) Der Jurist mußte gegen den Juristen schützen; die Dienstfertigkeit des Praktikers war das unentbehrliche Gegengewicht gegen die strengen Anforderungen des Theoretikers; hätte dies Gegengewicht gefehlt, ich vermag nicht zu denken, daß die Theorie so hätte lauten können, wie sie gelautet hat. Darauf beruhte auch die später den *Soldaten* in rechtlicher Beziehung eingeräumte eximirte Stellung. Dieselbe war nicht eine Sache der reinen Gunst und Bevorzugung, sondern sie war durch die eigenthümlichen Verhältnisse dieses Standes mit Nothwendigkeit geboten, denn dem Soldaten fehlte, ganz abgesehen von seiner eigenen geringeren Geschäftskenntniß, die stets bereite Hülfe des Juristen, da der „Lagerjurist" zwar dem Feldherrn und sonstigen hervorragenden Personen, aber nicht der Masse der gemeinen Soldaten zu Diensten stand.

Die Allgegenwart des Juristen bedeutete also für den Verkehr zuerst eine unentbehrliche *Hülfe*. Sie bedeutete aber so-

---

582) Copia jurisconsulti. Daß es daran gefehlt hätte: raro accipiendum est, L. 9 §. 4 de jur. ign. (22. 6).

582a) Cic. ad fam. VII, 13 (an den Trebatius, der dem Feldherrn ins Lager gefolgt war): quod te imperator consulit.

dann zweitens auch einen heilsamen Einfluß auf denselben. Die Innigkeit des Verhältnisses zwischen der Jurisprudenz und dem Verkehr kam beiden zu gute. Dem Verkehr, indem die Jurisprudenz beständig die Hand an seiner Pulsader hatte und wußte, was ihm Noth that, und wie ihm zu helfen war. Der Jurisprudenz, indem sie, ohne den Anforderungen des Verkehrs in materieller Beziehung etwas zu versagen, dieselben in diejenige Form bringen konnte, die sie selber von ihrem Standpunkt aus für die wünschenswertheste halten mußte. Die Ansätze zur Bildung neuer Geschäfte, die das Leben machte, namentlich auf dem Gebiet der Verträge (man denke z. B. an das pactum de vendendo beim pignus) erhielten durch die Juristen ihre formelle Redaction. Indem letztere die Vertragsurkunden abfaßten, hatten sie es in ihrer Hand, ihnen die passendste Form zu geben, mit der juristischen Construction nicht erst zu beginnen, nachdem der Entwicklungsprozeß des Instituts abgeschlossen und dasselbe als fertiges, unabänderliches entgegenzunehmen war, sondern dasselbe von vornherein in die juristische Bahn zu leiten, ihm die richtige Form zu geben, kurz den Verkehr juristisch zu disciplíniren. Wie wäre aber diese juristische Erziehung, der das römische Recht so unendlich viel verdankt, denkbar gewesen ohne jene Allgegenwart des Erziehers?

Und wiederum frage ich, wie wäre letztere denkbar gewesen, wenn die Kunst in Rom, wie bei uns, nach Brod gegangen wäre? Für die Charakteristik der römischen Jurisprudenz ist es, so paradox es klingt, einer der wesentlichsten Züge, daß sie sich nicht bezahlen ließ. In diesem einen, scheinbar so äußerlichen Umstand liegt unendlich viel, liegt die halbe römische Jurisprudenz. Das Honorar des Juristen, so sehr es bei unseren heutigen Zuständen auf Nothwendigkeit beruht, darf nichts desto weniger als sein böser Dämon bezeichnet werden — ein Hinderniß seines vortheilhaften, eine Quelle seines unheilvollen Einflusses, ein Fluch unseres heutigen Rechtslebens. Das Geld ist es, das ihm da, wo er nicht fehlen dürfte: beim Abschluß der Rechtsgeschäfte

den Weg verſperrt, das Geld, das ihn, wenn er endlich im Fall der Noth zugezogen wird, auf Abwege lockt, auf Abwege, wo ſeine Kunſt nur dazu dient, das Feuer der Zwietracht anzufachen und zu unterhalten, der Lüge und der Chikane die Mittel zum Widerſtand zu leihen und dem Unrecht zum Siege zu verhelfen. Dem Honorar entſpringen die frivolen und langen Prozeſſe, ihm verdanken wir die Juriſten ohne Luſt und Liebe, ohne Talent und Verſtändniß für ihre Wiſſenſchaft, ihm das gerechte und ungerechte Mißtrauen des Volks gegen den Juriſten; kurz *an dem Gelde klebt der Schmutz unſeres Standes und die Erniedrigung unſeres Berufes.*

Alles dies blieb der römiſchen Jurisprudenz erſpart. Wer ſich *ihr* widmete, ſuchte in ihr nicht Geld, ſondern ſie ſelbſt; der *innere* Beruf war das Motiv für die Wahl des *äußern*, die falſchen, unfähigen, verdroſſenen Jünger blieben ihr fern. Darum aber ſtieß ſie auch im Volk nicht auf Abneigung, Mißtrauen, Widerſtand; gern und dankbar ergriff daſſelbe eine Hand, die ſich nicht, indem ſie half, zugleich nach Geld krümmte. Daher die Allgegenwart des Juriſten. Wo der rechtliche Rath und Beiſtand ein Handelsartikel iſt, der nur gegen Bezahlung verabreicht wird, wie dies bei uns der Fall iſt, ökonomiſirt man im Gebrauch deſſelben, und der Juriſt wird wie der Arzt häufig erſt gerufen, wann es zu ſpät iſt. Anders in Rom, wo dieſer Artikel keine Handelswaare, ſondern eine res communis, überall umſonſt zu haben war, wie Luft und Waſſer. Hier durfte man von ihm den verſchwenderiſchſten Gebrauch machen und machte ihn. Darauf aber beruhte wiederum die ganze Herrſchaft und Macht der alten Jurisprudenz über das Leben, ihre Aufſicht, ihre Erziehungsgewalt, ihr bildender Einfluß, die Gewöhnung des Verkehrs an die Beobachtung des ſtrengen juriſtiſchen Sprachgebrauchs, die Erträglichkeit der engen, knappen Geſchäftsformen, die Möglichkeit der rückſichtloſen Conſequenz, die Freiheit ihrer eigenen wiſſenſchaftlichen Bewegung, kurz die Durchführbarkeit der alten Theorie und damit ſie ſelbſt.

Auch in Rom änderte ſich dies, und als Ulpian[533]) ſeinen ſchönen Ausſpruch that, den man der alten Jurisprudenz zu ihrer Deviſe geben möchte: civilis sapientia est res sanctissima, quae pretio nummario non sit aestimanda nec dehonestanda, hatte derſelbe weder für die Lehrer des Rechts, denen Ulpian die Worte zurief, noch für den größten Theil der praktiſchen Juriſten, die Advokaten, eine praktiſche Wahrheit mehr; die Einzigen, die noch in ſeinem Sinne handelten, waren jene namhaften von Staatswegen mit dem jus respondendi verſehenen Juriſten, deren Gedächtniß noch die ferne Nachwelt feiert. Wie weſentlich dies jus respondendi, wenigſtens in der ihm ſpäter gegebenen Geſtalt, mit dem Geſichtspunkt der Unentgeltlichkeit zuſammenhängt, und wie es in den Händen von Leuten, die aus dem Reſpondiren eine Erwerbsquelle gemacht hätten, abſolut unmöglich geweſen wäre, liegt auf flacher Hand.

Haften des Rechts an der Aeußerlichkeit.

(Sinnliches Element des ältern Rechts.)

I. Der Materialismus.

Das ſinnliche Element auf der innern Seite des Rechts — der materialiſtiſche Zuſchnitt der Begriffe und Inſtitute. — Das furtum, damnum injuria datum, der Irrthum, Beſitz und die Uſucapion — wirthſchaftliche und rechtliche Präponderanz der Sache; die Sache die Axe des ältern Verkehrs und der Ausgangspunkt des ganzen Vermögensrechts.

Leges tollunt astutias, quatenus manu tenere possunt. Cic. de off. III, 17.

XLIII. Hat uns der vorige Paragraph mit der Baumeiſterin, ſo ſoll uns der jetzige mit ihrem Werk bekannt machen. Nicht alles und jedes freilich an dieſem Werk gehört ihr an, und nicht alles, was wirklich von ihr herrührt, iſt das Reſultat eigentlicher Arbeit. Der juriſtiſche Inſtinkt, die glückliche Organiſa-

583) L. 1 §. 5 de extr. cogn. (50. 13).

tion des römiſchen Rechtsgefühls, die bildende Kraft des Verkehrs u. ſ. w. ſind Factoren, die daran ebenfalls ihren Antheil hatten, aber es wäre vergebene Mühe, die Bauſteine, die der eine oder andere zugetragen hat, ſondern zu wollen. Im Wechſelverkehr mit dem Volk und Leben gab und nahm die Jurisprudenz, regte an und ward angeregt, beſtimmte und ward beſtimmt, und wenn wir daher die techniſche Geſtaltung des ältern Rechts als *ihr* Werk bezeichnen, während wir daſſelbe in genauerer Redeweiſe eine Schöpfung des juriſtiſchen Geiſtes des altrömiſchen Volks nennen müßten, ſo geſchieht es nur darum, weil ſie die hauptſächlichſte Trägerin und die eigentliche Perſonification dieſes Geiſtes war. Es iſt alſo nicht die bloße Methode der alten *Jurisprudenz*, mit der ſich die folgende Darſtellung beſchäftigen ſoll, ihre Art zu denken und zu operiren im Gegenſatz zu der des Volks, ſondern das Ringen des römiſchen Geiſtes mit dem Rechtsſtoff, das im Recht ſelbſt objectiv gewordene *juriſtiſche Denken der Nation*.

So enthält denn ſchon die erſte Erſcheinung, der wir uns in dieſem Paragraphen zuwenden, nichts weniger als ein Product der Jurisprudenz. Aber ſie gewährt uns etwas wichtigeres, nämlich einen höchſt wichtigen Aufſchluß über die Rechtsanſchauung der ältern Zeit; ſie ſignaliſirt uns den Höhenpunkt ihrer Auffaſſungsweiſe, das geiſtige Niveau der Zeit, das auch für die Jurisprudenz maßgebend war. Die ſpäteren Paragraphen werden uns mehr und mehr in die eigentliche Werkſtätte der Jurisprudenz führen. Wie eng das Juriſtiſche und Nichtjuriſtiſche zuſammenhängt, können gerade ſie am beſten zeigen; denn derſelbe Gedanke, der uns in dieſem Paragraphen entgegentritt, der der Richtung der alten Zeit auf die Aeußerlichkeit oder, wie ich es nennen will, das *ſinnliche* Element des Rechts, wird uns auch dort unausgeſetzt begleiten.

Die Sinnlichkeit iſt die Vorſtufe der Geiſtigkeit. Alles urſprüngliche Denken der Individuen und Völker iſt ein ſinnliches, der Geiſt macht ſich nur dadurch frei von der äußern Erſchei-

nung, daß er eine Zeitlang an ihr gehaftet, in ihr die Vorschule des abstracten Denkens durchgemacht hat. Diesem Naturgesetz, das sich auf allen Gebieten des menschlichen Denkens und Wissens bewährt, unterliegt selbstverständlich auch das Recht.

Aber, wird man fragen, ist nicht das Wesen des Rechts damit unverträglich? Dasselbe besteht ja gerade in dem Sichlosreißen von der concreten, äußern Erscheinung, im Abstrahiren; jeder Begriff, jeder Rechtssatz enthält ja eine Abstraction, ein Allgemeines, das von dem Besondern absieht. Gewiß; allein nichts desto weniger ist auch hier dem Sinnlichen ein breiter Zugang eröffnet. Zuerst und vor allem nämlich auf der Erscheinungs- oder Verwirklichungsseite des Rechts d. h. in den Formen, in denen das Recht im Leben wie vor Gericht zur Anwendung und concreten Wirklichkeit gelangt. Dieser Seite entspricht innerhalb der Religion der Cultus, und derselbe Zug der Sinnlichkeit, der sich in letzterem als Ceremonienwesen ausprägt, führt im Recht zum Formenwesen; die Natur des Rechts setzt hier der Geltendmachung des sinnlichen Elements so wenig Widerstand entgegen, daß sie dazu umgekehrt die Aufforderung enthält. Es ist dies die Erscheinung des Formalismus, welche ich in §. 45 u. fl. einer eingehenden Betrachtung unterziehen werde.

Anders freilich auf der innern Seite des Rechts, der auf dem Gebiet der Religion das Dogma entspricht. Hier handelt es sich nämlich um ein Innerliches und Allgemeines, mögen wir es Rechtssatz oder Begriff nennen. In und aus den Verhältnissen des Lebens soll die Rechtsidee erkannt und entnommen und zur Allgemeinheit des Ausdrucks gebracht, von allem, was die concrete Anschauung besticht und bestimmt: der äußeren Verschiedenheit der Personen, Gegenstände, Verhältnisse, Lagen, Umstände abgesehen, der reine, abstracte juristische Kern gewonnen werden. Ein Beharren in der sinnlichen Vorstellungsweise würde hier, wie es scheint, mit Nichtlösung der Aufgabe gleichbedeutend sein. Und in der That setzt das Recht vermöge seiner eigenthümlichen Natur hier der sinnlichen Anschauung einen ungleich stärkeren

Widerſtand entgegen, als die Religion es thut. Denn die religiöſen Ideen und Abſtractionen nehmen willig concrete Geſtalt an; die Abſtraction der Kraft, in der dem Menſchen zuerſt die Ahnung des Göttlichen aufgeht, vergegenſtändlicht ſich zu einem Gott, aber welche concrete Geſtalt fände ſich für die rechtlichen Abſtractionen? Die Rechtsbegriffe und Rechtsſätze bleiben, was ſie ſind; denn die concrete oder ſelbſt poetiſche Form ihres Ausdrucks betrifft eben nur die Faſſung, nicht ihre innere Beſchaffenheit und Subſtanz. Darum, glaube ich, iſt es nicht gewagt zu behaupten, daß das Recht dasjenige Gebiet iſt, auf dem der menſchliche Geiſt nothwendig ſich am früheſten zur Abſtraction hat aufſchwingen müſſen; das erſte Geſetz, mochte es betreffen, was es wollte, war der erſte Anſatz des Geiſtes zur bewußten Allgemeinheit des Denkens, die erſte Veranlaſſung und der erſte Verſuch, ſich über die Form der ſinnlichen Vorſtellung zu erheben.

Allein ſo ſehr nun auch einerſeits das Recht gebieteriſch zur Abſtraction aufforbert, ſo findet doch das ſinnliche Element Gelegenheit genug, ſich in und bei dieſem Akt wieder einzudrängen. Der Geiſt abſtrahirt — gewiß! aber die Sinnlichkeit iſt das Prisma, durch das er das Material betrachtet, dem er ſeine Abſtractionen entnimmt. Er gewinnt Rechtsſätze — aber der Zuſchnitt derſelben iſt ein ſubſtantieller; nur die gröberen, derberen, äußerlich in die Sinne fallenden Momente des Verhältniſſes ſind in ihnen berückſichtigt, die feineren nicht beachtet. So vergegenwärtigt uns dieſe Erſcheinung, für die ich den Namen Materialismus wähle, gewiſſermaßen das Ringen der Abſtraction mit der ſinnlichen Anſchauungsweiſe.

Zwiſchen Materialismus und Formalismus ſchiebe ich noch eine andere Erſcheinung ein (§. 44), die gleichfalls unter den ihnen beiden gemeinſamen Geſichtspunkt des Haftens an der Aeußerlichkeit fällt: das Haften am Wort oder die Wortinterpretation der älteren Jurisprudenz.

Die materialistische Anschauungsweise.

Die Gesetze und Begriffe einer rohen Zeit sind, wie die Menschen selber, rohe, ungeschlachte Gesellen, die nur ein Auge für das haben, was sie mit der Faust packen können, und wenn Cicero (de off. III, 17) den Gegensatz des Gesetzes und der Philosophie in Bezug auf die Behandlung desselben Problems dahin angibt: leges tollunt astutias, quatenus manu tenere possunt, philosophi, quatenus ratione et intelligentia, so hat er mit den ersteren Worten das altrömische Civilrecht in zutreffendster Weise charakterisirt. Das Handgreifliche, Aeußerliche, Sinnliche, in die Augen Fallende ist der Grundzug aller Begriffe des ältern Rechts: überall überwiegt die Erscheinungsform über den Gedanken, machen die äußeren Folgen sich geltend auf Kosten der innerlichen.

Nehmen wir einmal die Privatdelicte des ältern Rechts, zunächst den Diebstahl. Der rein äußerliche, ganz vom Zufall abhängige, für die innerliche Beurtheilung der strafbaren Gesinnung völlig gleichgültige Umstand, ob der Dieb bei der That ertappt wird oder nicht (furtum manifestum und nec manifestum), begründet für die Bestrafung desselben den empfindlichsten Unterschied, dort fällt der Dieb dem Bestohlenen als Sklave anheim, hier kann er sich mit Zahlung des Doppelten abkaufen.[583a]) In beiden Fällen ist die Vollziehung der Strafe lediglich dem Bestohlenen anheim gestellt, der äußerlich durch den Diebstahl betroffen ist. Daß auch der Staat dadurch berührt wird, daß der Diebstahl zugleich einen Eingriff in die von ihm gehandhabte

583a) Noch weiter geht das deutsche Recht beim Markfrevel, s. Thudichum, Gau- und Markverfassung S. 272. Auch der Unterschied des ältern deutschen Rechts zwischen Mord und Todtschlag ist rein auf die Aeußerlichkeit der Begehungsweise („Offenheit und Heimlichkeit") gestellt, ohne Rücksicht darauf, ob der Verbrecher in Leidenschaft oder mit Ueberlegung gehandelt hat, „den Unterschied zwischen beiden bildet noch nicht die Verschiedenheit der Gemüthsstimmung, sondern die Verschiedenheit der Handlung selbst," Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, I S. 183.

Rechtsordnung enthält, das ist der materialistischen Auffassungsweise der ältern Zeit zu hoch, denn diesen Eingriff sieht man nicht. Im Geiste des ältern Rechts wird man annehmen dürfen, daß die äußere diebische Ergreifung der Sache (contrectatio) zum Thatbestand des Diebstahls unerläßlich war, und daß die idealere Erfassung dieses Begriffs, welche von diesem Moment völlig absah, und welche Gellius[583b]) mit Recht als etwas höchst bemerkenswerthes hervorhebt, erst das Product einer späteren Zeit war.

Bei den Injurien spielt natürlich der Unterschied zwischen Real- und Verbalinjurien eine große Rolle. Während letztere, abgesehen von dem Fall der öffentlichen Schmähung und des Pasquills (wenn damit das occentare und carmen condere der XII Tafeln richtig wieder gegeben ist), nur den niedersten Strafsatz von 25 As begründen, übt bei den Realinjurien die äußere Art der Beschädigung einen großen Einfluß aus. Das »membrum ruptum« führt, wenn die Parteien über die Sühne nicht einig werden, zur Talion, das »os fractum vel collisum« wird bei Freien mit 300 As, eine Ohrfeige mit 25 As bezahlt.[583c])

Die lex Aquilia hatte bekanntlich keinen abstracten Begriff des damnum injuria datum aufgestellt, sondern die einzelnen Hauptfälle namhaft gemacht. Aus ihnen abstrahirte dann die ältere Jurisprudenz den Begriff des damnum injuria datum und formulirte ihn als damnum corpore corpori da-

---

583b) Noct. Att. XI, 18 §. 23: meminisse debemus, furtum sine ulla quoque attrectatione fieri posse, sola mente et animo, ut furtum fiat, annitente.

583c) Ueber den Unterschied zwischen den beiden ersten Fällen habe ich nirgends eine befriedigende Auskunft gefunden. Sollte sich nicht Festus: Rupitias in XII significat damnum dederit benutzen lassen? Dann würde membrum ruptum nicht Bruch, sondern Beschädigung des Gliedes bedeuten und damit würde ein Gegensatz zu dem Bruch oder der Zersplitterung des Knochens (os fractum vel collisum) heraus kommen. In den altgermanischen Rechten ist der Unterschied ungleich schärfer und detaillirter entwickelt als im altrömischen. Wilda, Strafrecht der Germanen, S. 729—748.

tum[684]) d. h. als Beschädigung eines Gegenstandes durch unmittelbare positive äußere Einwirkung auf denselben. Wer durch Oeffnen des Käfigs das Entfliehen oder durch Einsperren den Tod eines Thieres verschuldet hatte, haftete für nichts, denn im ersten Fall war das Thier nicht beschädigt, im zweiten Fall nicht durch unmittelbare Einwirkung, dort lag kein damnum corpori, hier kein damnum corpore datum vor. Die lex Aquilia hatte sich in materialistischer Weise an den sichtbaren Schaden gehalten. Anders die neuere Doctrin, die dem Begriff der Beschädigung erst die erforderliche Ausdehnung gegeben hat. Den äußersten Gegensatz zu dem damnum injuria datum des alten Rechts bildet im neuern die actio de servo corrupto des prätorischen Edicts. In ihr prägt sich der ganze Umschwung der Anschauung aufs unverkennbarste aus, denn das corpore corpori datum ist hier in sein directes Gegentheil umgeschlagen, das Delict setzt nämlich voraus eine durch moralische Einwirkung (animo) bewirkte moralische Corruption eines Sklaven (animo datum).

Ebenso bedeutungsvoll wie die Delicte, die das ältere Recht kennt, sind diejenigen, die ihm fehlen. Plünderung einer Erbschaft (das spätere crimen expilatae hereditatis) gilt nicht als Unrecht; es ist ja Niemand da, dem die Sachen gehören, die Beziehung derselben zum künftigen Erben ist etwas lediglich im Gedanken Existirendes. Ebenso wenig ist der Betrug (dolus) ein Delict. Denn der Betrug enthält keinen äußeren Eingriff in eine fremde Rechtssphäre; eine falsche Nachricht, ein schlechter Rath u. s. w. ist an sich kein Delict, die Mittel, deren sich der Dolus bedient, sind äußerlich legale. Es ist der Wolf im Schafpelz, der Heuchler unter den Delicten; erst als man gelernt hatte, den Delictsbegriff nicht ausschließlich in einen sichtbaren Thatbestand zu setzen, sondern nach inneren Kriterien zu beurtheilen, griff man auch diesen Sünder, der früher frei durchschlüpfte.

584) Gaj. III 219. §. ult. I. ad leg. Aq. (4. 3).

Der generellen Klage wegen Betruges (act. doli) gingen mancherlei specielle Betrugsklagen für gewisse einzelne Verhältnisse voraus,[584a]) wozu auch die wegen doloser Alienation von Seiten des insolventen Schuldners gehört. Der Begriff der Alienation ward dabei ursprünglich lediglich als Veräußerung von Sachen erfaßt (interdictum fraudatorium), während in späterer Zeit auch die Veräußerung von Rechten (z. B. Klagen) unter den Begriff gebracht wurde (act. Pauliana).[584b])

Erheben wir uns von den einzelnen Delicten des ältern Rechts zu seiner allgemeinen sowohl bei den Privatdelicten als bei den Verbrechen zur Anwendung gelangenden strafrechtlichen Anschauungsweise, so gibt es für die hier nachzuweisenden materialistische Auffassung des ältern Rechts kaum einen sprechenderen Beleg als die Art, wie dasselbe das Verhältniß des inneren Moments der subjectiven Verschuldung zu dem äußern Moment der That erfaßte. Da ich selber bei einer andern Gelegenheit dieser Erscheinung eine eingehende Untersuchung gewidmet habe,[584c]) so möge es mir hier verstattet sein einfach darauf Bezug zu nehmen. Wenn irgendwo das Uebergewicht der äußern Erscheinung über das innere Moment, an und in dem sie ihre Richtschnur finden soll, in schlagender Weise zu Tage tritt, so ist es an diesem Punkt.

Wenden wir uns von dem Strafrecht dem Civilrecht zu, so beschränke ich mich mit Ausschluß derjenigen Beispiele, welche besser in einem andern Zusammenhang zu behandeln sind,[584d])

584a) Meine Schrift über das Schuldmoment im röm. Privatrecht, Gießen 1867 S. 34 Note 70a.

584b) arg. L. 14 quae in fraud. (42. 8) Hac in factum actione non solum dominia revocantur (Sachveräußerungen) verum etiam actiones restaurantur.

584c) In der in der vorvorigen Note citirten Schrift.

584d) Siehe insbesondere die reale Art des Erwerbs des Eigenthums (§. 47), die sich auch im alten Pfandrecht (im pignus) wiederholte, bis dasselbe sich (in der hypotheca) von dem Erforderniß der realen Ueberlassung losmachte (Dernburg, Röm. Pfandrecht I S. 54, welcher mit Recht diese Form des Pfandrechts „als etwas so Raffinirtes und Ideelles bezeichnet,

auf solche, welche ausschließlich bei Gelegenheit des gegenwärtigen Gesichtspunkts ihre richtige Verwendung finden. Dahin rechne ich zunächst die Behandlung des Irrthums über das Object der Verträge. Das ältere Recht berücksichtigt nur den Irrthum über die Species (error in corpore), das neuere hingegen auch den über die Eigenschaften (s. g. error in substantia, materia).[585] Worauf beruht diese Verschiedenheit? Ich meine darauf, daß das ältere Recht die Richtung des Willens auf seinen Gegenstand mehr äußerlich, das neuere sie mehr innerlich erfaßt. Wenn der Käufer das bleierne Gefäß irrthümlich für ein silbernes hält und bezahlt, so hat er, sagt die ältere Jurisprudenz, nichts desto weniger dies Gefäß gewollt, sein Irrthum bezieht sich bloß auf etwas Innerliches, nicht auf die äußere Identität des Objects. Die neuere Jurisprudenz hingegen argumentirt folgendermaßen: Das Object, wie es äußerlich erscheint, ist nicht das, was der Käufer wahrhaft will, denn er will in demselben die Bestimmung, Macht, Kraft, Tauglichkeit der Sache. Ist dieselbe also eine völlig andere, als er annahm, so ist die Sache selbst eine andere, als die er meinte; sie hat mit letzterer nur den äußern Schein gemein.[586]

---

daß dasselbe in dem derben und realen Rechtsleben der Vorzeit keinen Raum finde"). Siehe ferner den Nachweis des realen Fundaments der altrömischen Obligation (B. 3 Abth. 2).

585) Ueber jenes s. die L. 22 de V. O (45. 1), in welcher von der Stipulation d. h. der aus dem ältern Recht stammenden obligatio stricti juris die Rede ist, über dieses s. die L. 9 §. 2 de cont. emt. (18. 1), welche von dem dem neuern Recht angehörigen Kaufcontract handelt. Marcellus stellt hier zwar noch im Geist des ältern Rechts rücksichtlich des letzteren die Behauptung auf: emtionem esse, quia in corpus consensum est, allein Ulpian berichtigt ihn.

586) Es ließe sich hier auch die erst durch das ädilitische Edict eingeführte (also dem ältern Recht unbekannte) Verpflichtung des Verkäufers für die heimlichen Fehler und Mängel einzustehen, in Bezug nehmen. Nach älterem Recht hat der Käufer nur im Fall des Nicht-habens (Eviction) einen Regreß gegen den Verkäufer, nach dem Edict auch im Fall des Schlechterhabens. — Auch die bekannte Controverse der Sabinianer und Prokulejaner

Besonders ergibig für den Gegensatz des ältern und neuern Rechts ist die Lehre von dem Besitz und der Usucapion. Obgleich der Besitz seiner ursprünglichen Natur nach ein rein thatsächliches Verhältniß ist, mithin ganz und gar der materialistischen Behandlungsweise anheimzufallen scheint, so findet doch auch hier der Gegensatz des Materialismus und Spiritualismus Raum genug sich zu bethätigen, wie eben der Vergleich des ältern und neuern Rechts lehrt. So würde z. B. der Erwerb des Besitzes nach materialistischer Ansicht ein Ergreifen (Apprehension im wörtlichen Sinn) erfordern, und daß auch das ältere Recht dies gethan und sich nicht, wie das neuere, mit der bloßen Möglichkeit unmittelbarer Einwirkung, namentlich also nicht mit der s. g. traditio longa manu, dem Zeigen und Sehen der Sache begnügt habe, wird wohl kaum in Zweifel gezogen werden, wenn man bedenkt, daß sich dies Requisit noch bis ins neuere Recht hinein als formeller Akt in dem manu capere der Mancipation erhalten hat. Das Ergreifen (loco movere) verlangten die älteren Juristen[587]) auch bei der Unterschlagung der deponirten Sache von Seiten des Depositars, während die neuere Jurisprudenz die Möglichkeit der Unterschlagung auch ohne eine solche materialistische Vollziehung derselben anerkennt.[588])

Die ältere Jurisprudenz sprach den juristischen Personen die Besitzfähigkeit ab, abermals ganz in Uebereinstimmung mit der natürlichen Gestalt des Verhältnisses, die neuere hingegen erkannte

---

über die Specification (Gaj. II, 79) dreht sich um unsern Gegensatz. Eine materialistische Auffassung des Begriffs der Identität der Sache wird mit den Sabinianern die Substanz als das Wesentliche der Sache betrachten und daher den Einfluß der Specification auf das Eigenthum läugnen, eine spiritualistischere Auffassung aber mit ihren Gegnern die Form und Bestimmung der Sache für das Entscheidende ansehn und darum mit einer Veränderung derselben eine neue, dem Specificanten zufallende Sache annehmen.

587) Die „plerique veterum" in L. 3 §. 18 de poss. (41. 2).

588) Papinian in L. 47 de poss. (41. 2). Ebenso bei der Verwandlung des Depositums in ein Darlehn in L. 9 §. 9 de R. Cr. (12. 1) . . . etiam antequam moveantur . . . animo coepit possidere.

sie ihnen zu.[589]) Die Zulassung des Besitzerwerbes durch freie Stellvertreter ist ebenfalls ein Fortschritt des neueren Rechts, in dem sich unverkennbar eine freiere Behandlung des Verhältnisses kundgibt.

Nach der natürlichen Anschauung ist der Besitz verloren, sobald ein Dritter sich denselben angeeignet hat. Dabei hat es das ältere Recht gelassen, während das neuere den Besitz eines Abwesenden an Grundstücken trotz der Invasion fortdauern läßt.[590])

In ungleich höherem Grade aber hat sich der obige Gegensatz im Laufe der Zeit in der Usucapion bewährt. Die ursprünglichen Requisite derselben bestanden, wie es scheint,[591]) in der Usucapionsfähigkeit der Sache (res furtiva) und dem rein äußerlichen Moment des fehlerfrei (nec vi, clam, precario) erworbenen Besitzes. Die spätere Entwicklung des Instituts bis ins heutige Recht hinein charakterisirt sich durch ein Doppeltes. Einmal durch die Tendenz, den Schwerpunkt des Instituts mehr und mehr in die subjective Innerlichkeit des Usucapienten zu verlegen — eine Tendenz, die schon in der spätern römischen Jurisprudenz in der Zulassung eines titulus putativus unverkennbar zu Tage tritt und in der bekannten Bestimmung des Canonischen Rechts über die mala fides superveniens ihren definitiven Abschluß findet. Sodann durch die Abschwächung oder freiere Behandlung des das äußere, sichtbare Moment der Usucapion bildenden Besitzes, welche sich theils darin bewährt, daß dem Usucapienten der Besitz einer andern Person (seines Vorgängers oder des Pfandgläubigers) angerechnet wird, theils darin, daß durch seinen eigenen Tod die Usucapion nicht unterbrochen wird.[592]) Daß

589) L. 1 §. ult. L. 2 de poss. (41. 2).

590) Ueber jenes s. die Ansicht von Labeo in L. 6 §. 1 L. 7 de poss. (41. 2), über das neuere L. 3 §. 7, 8 L. 25 §. 2 L. 45 ibid.

591) Stintzing über das Wesen von bona fides und titulus. Heidelberg 1852.

592) Das Aeußerste, wozu es nach dieser Seite hin kommen könnte, wäre die völlige Beseitigung des Einflusses der Besitzunterbrechung d. h. die

die Anstellung der Vindication von Seiten des Eigenthümers die Usucapion nicht unterbrach, war dem materialistischen Charakter derselben durchaus angemessen; bei der longi temporis possessio fand nach der Ansicht, die mir die richtigere zu sein scheint, das Gegentheil Statt,[593]) und auch dadurch documentirt sie sich als ein Institut neueren Ursprunges.

Ein interessantes Beispiel für die Veranschaulichung des Gegensatzes zwischen Materialismus und Spiritualismus gewährt die wirthschaftliche Entwicklung. Letztere beginnt mit den Gütern, die man sehen und greifen kann, und erhebt sich erst nach und nach zur Wahrnehmung und praktischen Verwerthung idealerer Güter. Der Credit, das Talent, die Idee fungiren in unserem heutigen Güterleben als höchst werthvolle wirthschaftliche Factoren, aber wie lange haben sie unbenutzt und unbekannt da gelegen, bis die Noth des Lebens dazu zwang, auch sie zu beachten und zu verwerthen. Mit der wirthschaftlichen Entwicklung

---

Zusammenrechnung der Zeit vor und nach der Besitzesstörung. Damit würde der letzte materialistische Rest der altrömischen Usucapionslehre beseitigt sein. Der erste Ansatz dazu findet sich schon im römischen Recht selbst, nämlich in der angegebenen Fortdauer der Usucapion während der hered. jac. Einen weiteren Schritt hat das Preuß. Landrecht I, 9 §. 601, 602 gemacht, indem es die Zusammenrechnung verstattet, wenn inzwischen kein Anderer den Besitz gehabt hat, während das österreichische Recht es beim römischen läßt. Nur das französische hat sich hier, und, wie ich glaube, mit gutem Grunde und nachahmenswerthem Beispiel, völlig von der traditionellen Behandlungsweise emancipirt, indem es dem Verlust des Besitzes, wenn er nicht über Jahresfrist gedauert, oder wenn während der Zeit auf Restitution des Besitzes geklagt ist (die spätere Verurtheilung vorausgesetzt), die Kraft der Unterbrechung der Usucapion abgesprochen hat. K. S. Zachariä, Handbuch des franz. Civilrechts. Aufl. 5 von Anschütz Bd. 1 S. 534. Das englische Recht ist sogar soweit gegangen, den Einfluß einer unrechtmäßigen Unterbrechung des Besitzes, selbst wenn sie noch so lange gedauert hat, völlig aufzuheben. Gundermann, Engl. Privatrecht I S. 179.

593) v. Wächter Erörterungen Heft 3 S. 101. Interessant ist es, wie Constantin in L. 10 Cod. de poss. (7. 32) dies rechtfertigt, nämlich damit, daß der Besitzer jetzt super jure possessionis vacillet et dubitet, also aus der subjectiven Innerlichkeit heraus.

aber hält die des Rechts gleichen Schritt, letzteres läßt sich als das Flußbett der wirthschaftlichen Strömung bezeichnen, d. h. es ist zu jeder gegebenen Periode so weit und breit, als das Verkehrsbedürfniß es erheischt. Darum kann uns die Rechtsgeschichte dazu dienen, uns über die Stufen und Fortschritte der wirthschaftlichen Ansicht und Bewegung Auskunft zu geben. Dies gilt namentlich von der römischen Rechtsgeschichte[595] und insbesondere auch von der Frage, die wir derselben hier vorlegen wollen, nämlich die: was waren die wirthschaftlichen Factoren des ältern Verkehrs? Die Antwort lautet: Sachen und als Sachen behandelte Menschen. Die freie menschliche Kraft, das Talent, die Fertigkeit u. s. w., waren noch nicht *als solche* d. h. unabhängig von den Producten, in denen sie sich verwirklichen und ökonomisch — mittelst des Kaufs — verwerthen, auf den Markt getreten. Die entsprechende juristische Form für die Verwerthung der menschlichen Kraft ist die Klagbarkeit des auf sie gerichteten Miethvertrages (locatio operarum und operis); im ältern Rechte war dieser Vertrag, wie an späterer Stelle nachgewiesen werden soll, noch nicht klagbar — ein Beweis, daß der Verkehr das Bedürfniß darnach noch nicht empfunden hatte. Allerdings kannte man auch im ältern Rom den wirthschaftlichen Werth des *Arbeiters*, aber nur in der beschränkten Form einer ihn in seiner Totalität ergreifenden Macht und Herrschaft (Sklaverei,

595) So z. B. bezeugt die mancipatio, daß die Römer die Periode des Tauschhandels schon früh zurückgelegt hatten, daß der Kauf ursprünglich ein Baarkauf war und erst später ein Handel auf Credit ward. Die ältesten beweglichen Tauschmittel waren Vieh und Getreide (Bd. 1 S. 141 Anm. 50). In der Werthschätzung der Sachen standen obenan Grundstücke, Sklaven, Zug- und Lastvieh; dies ergibt sich aus ihrer Auszeichnung gegenüber allen andern Sachen (res mancipi — erstes Kapitel der lex Aquilia — ädilitisches Edict —). Von den Prädial-Servituten sind Wege- und Wassergerechtigkeiten die ältesten, erst später erkannte man auch den Werth und das Bedürfniß der übrigen, die Urbanalservituten sind das Product der Zeiten des Luxus, in denen die Begriffe über das Erforderniß der Nützlichkeit der Servitut (servitus fundo *utilis*) sich wesentlich verfeinert hatten.

Mancipium, Schuldknechtschaft). Was man dagegen nicht kannte, war die juristische Ablösung der einzelnen geistigen oder körperlichen Arbeit von dem Arbeiter, die Erhebung derselben zu einem rechtlichen Tauschobject in Form des klagbaren Dienstvertrages. War diese Idee der alten Zeit zu hoch, oder überhob das Institut der Sklaverei dieselbe der Nothwendigkeit, der Arbeit Anerkennung und Rechtsschutz zu gewähren? Daß nicht auch schon in ältester Zeit Dienstleistungen um Lohn (sei es vorausbezahlten oder durch Stipulation bedungenen) vorgekommen sein mögen, soll damit nicht bezweifelt werden; aber die directe Klagbarkeit eines auf entgeltliche Erweisung von Dienstleistungen gerichteten Vertrags gehört jedenfalls erst den letzten Jahrhunderten der Republik an, und sie beschränkte sich zudem lange Zeit hindurch auf Dienstleistungen niederer Art (operae locari solitae) — Kunst und Wissenschaft treten erst spät in den Kreis des Rechts ein.

Wie es nun die ältere Zeit noch nicht zu einer Abstraction der einzelnen Arbeit von dem Arbeiter, so hat sie es auch noch nicht zu einer Abstraction der einzelnen Gebrauchshandlung von der Sache gebracht. Wie der Arbeiter, so zu sagen, nichts ist als der Inbegriff, die Summe von zukünftigen, einzelnen Leistungen, so die Sache der reale Niederschlag, die von der Natur gegebene Concentration einer Reihe von in der Zukunft möglichen Dienstleistungen derselben; der Werth beider ist im Grunde nichts anderes als die nach Grundsätzen des Disconto berechnete Summe der sämmtlichen während ihrer Existenz möglichen Dienste nach Abzug der Gewinnungskosten. Der Kaufpreis ist die Escomptirung des gesammten wahrscheinlichen Miethzinses. Hat nun die Sache nur darum einen Werth, weil sie die Summe dieser einzelnen Dienstleistungen ist, so bilden letztere eine Quote dieses Werths, und in wirthschaftlicher wie rechtlicher Beziehung müßte von den Nutzungen einer Sache ganz dasselbe gelten, wie von der Sache selbst, das Recht müßte also nicht bloß die entgeltliche Ueberlassung, sondern auch die Vorenthaltung, Störung oder verzögerte Ueberlassung der Nutzungen auf gleiche Linie stellen mit

dem Verkauf, der Vernichtung, Beschädigung der Sache selbst. Allein diese idealen Partikeln der Sache, dieselbe als Summe einzelner Gebrauchsakte gedacht, fallen nicht gleich der Sache selber in den Raum, sondern lediglich in die Zeit, und diese Verschiedenheit, die das geübte Auge nicht beirrt, wird doch für die materialistische Anschauungsweise sehr einflußreich. [596])

Die Entziehung der Nutzungen einer Sache kann theils den Charakter eines Delicts (furtum usus) annehmen, theils bei Gelegenheit eines anderen auf Restitution der Sache selbst gerichteten Verhältnisses (in rem und in personam actiones) Grund eines accessorischen Anspruches werden (omnis causa und mora). Daß nun das furtum usus späteren Ursprunges ist als das furtum rei, davon bin ich zwar fest überzeugt, habe dafür jedoch keinen äußeren Beleg. Anders aber rücksichtlich des zweiten Falles. Hier läßt sich meiner Ansicht nach positiv erweisen, daß das ältere Recht auf entzogene Nutzungen, insofern sie sich nicht substantiell d. h. als Früchte abgelöst hatten, keine Rücksicht genommen hat. Denn bei den persönlichen Klagen lassen sich dieselben nur unter dem Gesichtspunkte des Interesses verfolgen, das ältere Recht aber kennt keine Liquidation des Interesses (S. 103 fl.), bei dinglichen Klagen aber kommen nur die Früchte in Anrechnung. Nun fallen zwar im neuern Recht auch die Nutzungen (als fructus civiles) unter den Fruchtbegriff, [597]) allein daß der ursprüngliche Umfang dieses Begriffs ein engerer war und sich auf die wirklichen Früchte beschränkte, liegt schon im Namen, und jene Ausdehnung verräth meines Erachtens unverkennbar die spiritualistischere Auffassung einer späteren Zeit. Der Grund, warum

596) Was Seneca de brevit. vit. c. 8 von der Beachtung der Zeit überhaupt sagt, gilt von ihr auch in dieser Richtung: fallit autem illos, quia res incorporalis est, quia sub oculos non venit ideoque vilissima aestimatur.

597) L. 62 pr. de R. V. (6. 1). Den ersten Anstoß zu jener Ausdehnung mag die fructus licitatio beim interdictum uti possidetis gegeben haben; hier machte sie sich gewissermaßen von selbst.

man in allen jenen Fällen die entzogenen Nutzungen nicht in Anrechnung bringen konnte, liegt nicht in der — von Niemand bisher klar definirten — Strenge des alten Rechts, sondern in der Rohheit einer wirthschaftlichen Anschauung, der nur das sichtbare und greifbare Object, die Sache selbst und die Früchte, nicht aber das übersinnliche Stück der Sache: die zeitweise Möglichkeit ihres Gebrauchs als wirthschaftliches Gut und als rechtlich zu verfolgendes Object erschien. Hätte man den wirthschaftlichen Werth desselben richtig erkannt, so würde auch der Richter ihn haben zuerkennen müssen. Was der Verkehr schätzt (magni facit), schätzt (aestimat) auch der Richter. Die richterliche aestimatio enthält den rechtlichen Ausdruck des wirthschaftlichen Werthbewußtseins der Zeit, beide können auf die Dauer nie erheblich divergiren.

Das Resultat der bisherigen Ausführung läßt sich in den Satz zusammen fassen: das einzige wirthschaftliche Object, das auf dem Gebiet des ältern Rechts sichtbar wird, ist die Sache und auch dies nur beschränkt, nämlich nur als Gegenstand dauernder, nicht aber vorübergehender Ueberlassung, als Gegenstand des Kauf- und Tauschcontracts, nicht des Miethcontracts.

Der Tauschverkehr, mit juristischem Auge angesehen, ist keine Circulation der Sachen, sondern eine Uebertragung von Rechten. Die Sache ohne das Recht ist werthlos, der Werth einer Sache wird nicht lediglich durch ihre ökonomische Brauchbarkeit, Verwendbarkeit bestimmt, sondern wesentlich dadurch, daß und wie ihre Verwendung rechtlich gesichert ist. Das Recht ist ein wesentlicher Factor des Werthbegriffs, darum leiden alle Werthe bei einer Revolution und darum steigen sie wieder, wenn das Vertrauen zur Rechtssicherheit zurückkehrt. Uebertragung einer Sache ist juristisch Uebertragung des Rechts, der Güterverkehr juristisch Begründung, Uebertragung, Aufhebung von Rechten.

Die Richtigkeit dieser Bemerkung springt überall, wo es die Bestellung oder Uebertragung eines anderen Rechts an der Sache

als des Eigenthums gilt, sofort in die Augen, anders bei der Uebertragung des Eigenthums, bei dem Recht und Sache sich decken. Aeußerlich geht hier die Sache über, und eine an der äußeren Erscheinung klebende Auffassung kann über diesem äußern Vorgang leicht den innern, den Uebergang des Rechts, übersehen oder ihn mit letzterm verwechseln. So that es das ältere römische Recht. Eigenthumsübertragung war ihm nicht Uebertragung des Eigenthums, sondern der Sache. Die Uebertragung des Rechts selbst als eines von dem bisherigen Innehaber zu lösenden Dinges von objectiver idealer Existenz war ihm zu spitz, zu abstract; den Hergang bei der Eigenthumsübertragung dachte es sich in der Weise, daß der bisherige Eigenthümer die Sache aufgab und der neue sie ergriff. Bei der mancipatio sowohl wie bei der in jure cessio leitet der neue Erwerber nicht das Recht des bisherigen Eigenthümers auf sich über, sondern er nimmt sich die Sache, indem letzterer es duldet, zurücktritt (cedit in jure). Bei der Tradition hat es sich ursprünglich nicht anders verhalten.

Wenn aber das ältere Recht keine eigentliche Succession d. h. keinen Eintrit in das Recht, sondern nur in die Sache eines Andern gekannt hat, so heißt das: alle Rechte mit Ausnahme des Eigenthums sind in alter Zeit praktisch unübertragbar gewesen, denn eine Succession in die Sache war nur beim Eigenthum möglich, weil nur bei ihm Sache und Recht sich deckten. Man wird mir die Universalsuccession entgegensetzen. Allein bei ihr erfolgt der Eintritt bekanntlich nicht in die einzelnen Rechte, sondern in die Gesammtpersönlichkeit des Erblassers oder, um diesen neuerdings angefochtenen Ausdruck zu vermeiden, der Erbe wird in allen Beziehungen Repräsentant des Erblassers, loco defuncti. Dies Verhältniß scheidet daher von unserer Betrachtung völlig aus, denn unsere Behauptung bezieht sich nur auf die Unübertragbarkeit der einzelnen Rechte d. h. die Möglichkeit der Singularsuccession. Nun läugne ich allerdings nicht, daß das römische Recht neben den Verhältnissen, in denen es an dieser Unübertragbarkeit fortdauernd festgehalten, nämlich dem

Mancipium, der Obligation, den Servituten und der Erbschaft (mit Ausnahme der deferirten hereditas legitima) auch solche kennt, in denen es eine Uebertragung zuläßt, nämlich die Uebertragung der väterlichen Gewalt, der Tutel, die gerichtliche Abtretung der deferirten hereditas legitima.[598] Allein gerade die Art und Weise, wie es den Uebergang hier bewerkstelligt, ihn künstlich mit seiner Anschauungsweise vermittelt, setzt letztere selbst in ein helles Licht. In allen diesen Fällen greift es nämlich zur in jure cessio, gibt also der Sache die Wendung, daß der Cedent sein Recht nicht *überträgt*, sondern daß er sich die Anerkennung des Cessionars als des Berechtigten durch den Prätor gefallen läßt; er weicht zurück (cedit in jure), als habe er gar kein Recht, der Andere aber gerirrt sich als Prätendent aus eigenem Recht. Ganz schlagend tritt dieser Vorgang im Fall der Adoption hervor,[599] hier hat der dreimalige, beziehungsweise einmalige Scheinverkauf ins Mancipium geradezu den erklärten Zweck, die väterliche Gewalt zu *vernichten*, damit hinterher der Cessionar als Vindicant aus eignem Recht auftreten könne.

Ich werde an einer andern Stelle versuchen, für den so eben begründeten Satz von der Unübertragbarkeit der Rechte noch einen ferneren Erklärungsgrund zu gewinnen, an der gegenwär-

---

598) Daß der Innehaber der patria potestas das Kind einem Andern ins mancipium oder in die manus geben, und ebenso der Ehemann als Innehaber der manus die Frau durch Remancipation in das Mancipium bringen konnte, berührt meine obige Behauptung nicht, denn hier wird nicht das *bisherige* Herrschaftsverhältniß übertragen, sondern ein *neues*, das bisherige nicht beschränkendes, als vielmehr aufhebendes und die Person in ihrer Totalität ergreifendes Herrschaftsverhältniß begründet. Auch hier wird aber nicht ein Recht *an* der Person, sondern die Person selbst übertragen, oder wenn wir für Person und Sache einen gemeinsamen Namen wählen, es wird übertragen der *Gegenstand*.

599) Wie v. *Scheurl* in seiner dissert. de modis liberos in adoptionem dandi. Erlangae 1850 treffend nachgewiesen hat. Er vergleicht den Hergang mit Recht mit der Delegation, die bekanntlich nicht sowohl eine *Uebertragung* der Obligation, als vielmehr Untergang der alten und Errichtung einer neuen ist.

tigen Stelle genügt es, seinen Zusammenhang mit dem Materialismus der ältern Rechtsansicht aufzudecken. Oder richtiger gesagt, es bedarf dessen nicht, denn derselbe liegt auf offner Hand. Ein Eintritt in fremde Rechte mag uns immerhin noch so natürlich erscheinen, der ganze Vorgang beruht nichts desto weniger auf Abstraction, er geht rein auf dem Gebiete des Gedankens vor sich, das natürliche Auge sieht ihn nicht. Ganz anders, wenn der Gegenstand selbst (Sache oder Person) übertragen wird, hier ist ein sichtbares Object vorhanden, dessen Uebergang aus der einen Hand in die andere mit den Augen wahrgenommen werden kann. [600])

Eine Spur dieser alten Auffassung, von der sich im übrigen das neuere römische Recht mehr und mehr emancipirt hat, ist noch erhalten in der von Justinian in seinen Institutionen adoptirten und dadurch zur großen Celebrität gelangten Classification der Dinge in res corporales und incorporales. [601]) Während alle übrigen Rechte zur letzteren Classe gestellt werden, figurirt hier das Eigenthum als res corporalis. Ueber die Verkehrtheit dieser Identificirung des Eigenthums mit seinem Gegenstande sollte man meiner Ansicht nach nicht getheilter Meinung sein können. Das Eigenthum ist ebensowohl eine res incorporalis als die übrigen dinglichen Rechte, und bei der Uebertragung desselben geht juristisch nicht die res corporalis, sondern das Recht, die res incorporalis, über. Nichts desto weniger hat dieser systematische Fehler eine historische Wahrheit, denn er enthält eben den völlig adäquaten Ausdruck der entwickelten älte-

600) Es läßt sich hier die Stelle von Quintilian. Inst. O. V, 10 §. 111 sq. benutzen, worin er die Frage untersucht, ob Forderungen Gegenstand der occupatio bellica sein können. Dabei heißt es in §. 116: non potuisse donari a victore jus, quia id demum sit ejus, quod teneat; jus, quod sit incorporale, apprehendi manu non posse . . . ut alia sit conditio heredis, alia victoris, quia ad illum jus, ad hunc res transeat.

601) Inst. de reb. corporal. et incorpor. (2. 2). Ulp. XIX §. 11 L. 14 pr. de serv. (8. 1) L. 1 §. 1 de R. D. (1. 8).

ren Vorstellungsweise, wonach beim Eigenthum die Sache das Recht verdeckte.[602])

So erscheint also nach unsern bisherigen Ausführungen der Werth-, Frucht- und Successionsbegriff ursprünglich ganz angelehnt an die Sache, während er im neueren Recht sich von ihr abgelöst hat. Diese Beobachtung führt von selbst zu der Frage, ob sich dieselbe Erscheinung nicht auch rücksichtlich anderer Begriffe wiederhole, und in der That brauchen wir nicht lange zu suchen. Alle Begriffe und Verhältnisse, die im spätern Recht außer an Sachen auch an andern Gegenständen vorkommen, haben in der Sache ihren ursprünglichen und natürlichen Ausgangspunkt gehabt. So zuerst der Besitz. Die primitive Form desselben ist der Sachenbesitz, der Quasibesitz ist ungleich jüngeren Ursprunges, ja er ist bei den Römern nicht einmal zur völligen Reife der Entwicklung gelangt. Sodann das Pfandrecht. Ursprünglich beschränkt auf Sachen ist es im spätern Recht auf alle Rechte ausgedehnt, die einen Geldwerth haben und sich irgendwie übertragen lassen z. B. Forderungen und Nießbrauch.[603]) Von den Universalklagen: der hereditatis petitio, dem interdictum quorum bonorum, dem interd. possessorium des bonorum emtor geht die erstere zur Zeit der classischen Juristen auch gegen juris possessores; daß sie ursprünglich nur gegen die Besitzer erbschaftlicher Sachen gerichtet war, wird um so weniger beanstandet werden, als diese Beschränkung bei den beiden letztern sich auch noch in späterer Zeit erhalten hat.[604])

---

602) Interessant ist auch die Erscheinung, auf die Windscheid, Die Actio des römischen Civilrechts S. 6 aufmerksam macht, daß der römische Sprachgebrauch „die Thatsache nennt statt des Rechts auf dieselbe" z. B. pignus (das Pfand und Pfandrecht), superficies (das Haus und das Recht darauf), iter, via (der Weg und die Weggerechtigkeit) u. a. m.

603) So auch das pignus in causa judicati captum. Die Bedeutung des Fortschritts vom verus ususfructus zum quasi ususfructus nebst den entsprechenden Erscheinungen des Obligationenrechts (depositum irregulare, locatio irreg. u. a.) kann ich erst im dritten System klar machen.

604) L. 2 quor. bon. (43. 2). S. auch Note 584b über das interd.

Schließlich und vor allem ist aber die Obligation hervorzuheben. Für sie bildete die Sache ursprünglich sowohl das Fundament, den Grund, als den Zweck, den Gegenstand des Anspruchs. Jenes — den der Grund einer jeden Obligation im Sinn des älteren Rechts[605]) ist der Umstand, daß der Schuldner vom Gläubiger etwas (res) erhalten (de-habet = debet) letzterer ihm etwas gegeben hat (cre-dedit = credidit), sei die Hingabe wirklich erfolgt (Realcontract) oder nur rechtlich angenommen (Literal- und Verbalcontract). Dieses — jede Obligation geht im ältern Recht auf ein dare, das Geben einer Sache, rem persequitur; in dem Ausdruck actio rei persequendae causa, der später auch die obligationes faciendi umfaßt,[606]) ist res wie in dem quanti ea res est ursprünglich im wörtlichen Sinn gebraucht gewesen. Die nähere Ausführung bleibt einer spätern Stelle vorbehalten. An keinem Verhältniß bewährt sich der Spiritualismus des neuern römischen Rechts in dem Maße als an der Obligation. Sie hat sich von der res nach beiden Seiten hin freigemacht, es bedarf für sie des Gebens weder als Grundes noch als Gegenstandes der Leistungspflicht, und der neuere Verkehr operirt mit diesem unsichtbaren Object mit derselben Leichtigkeit und Sicherheit, wie der alte mit der körperlichen Sache. So kann z. B. ein Versprechen und eine Klage wie auf Hingabe eines körperlichen, so auf Leistung eines unkörperlichen Objects (Abschluß eines Contracts),[607]) wie auf Rückgabe jenes, so auf Rückgabe dieses (Liberation) gerichtet werden. So kann man schenken, erfüllen, liberiren, Auslagen machen u. s. w. statt durch Sachen durch Uebernahme einer Obligation. Die be-

fraudatorium. Im Justinianeischen Recht ist selbst die immissio in possessionem oder das pignus praetorium auf Forderungen ausgedehnt, L. 1 Cod. de praet. pign. (8. 22).

605) Der Anspruch des durch ein Delict Verletzten fiel ursprünglich nicht unter den Gesichtspunkt der Obligation, sondern den der Rache, §. 11a.

606) §. 17 I. de act. (4. 6) .. rei persequendae causa comparatae videntur veluti .... commodati, depositi, mandati, pro socio u. s. w.

607) So z. B. damnatus vendere vel locare L. 44 de solut. (46. 3).

stehende Obligation kann verkauft, verpfändet, legirt, cedirt, durch den Richter mit Beschlag belegt, durch das Gesetz transferirt werden — kurz sie fungirt im Verkehr der neuern Zeit ganz so, wie in dem der älteren die Sache.

Als Gewinn der bisherigen Ausführungen dürfen wir den Satz bezeichnen, daß die sinnliche Vorstellungsweise der ältern Zeit sich auch im Recht nicht verläugnet hat. Daß dieser Zug derber Sinnlichkeit, mit dem das Recht nur der Zeit seinen Tribut bezahlt hat, diese substantielle Schwere, dieser massive Zuschnitt seiner Verhältnisse und Begriffe die scharfe juristische Erfassung und Durchbildung derselben nicht im Mindesten gehemmt oder beeinträchtigt hat, davon werden wir im Verlauf der Darstellung oft genug Gelegenheit haben uns zu überzeugen.

II. Das Haften am Wort.

Der Gedanke und das Wort — grammatische und logische Interpretation — Verhältniß der alten Jurisprudenz zu diesem Gegensatz — strenge Wortinterpretation der Rechtsgeschäfte — freiere der Gesetze — tendentiöses Element derselben.

In omni denique jure civili verba ipsa tenuerunt.
Cic. pro Murena c. 12.

XLIV. Das Haften am Wort ist eine von den Erscheinungen, durch die sich die Unreife geistiger Entwicklung wie überall so auch im Recht kennzeichnet, und die Rechtsgeschichte könnte über ihr erstes Kapitel den Satz „im Anfang war das Wort" als Motto schreiben. Allen ungebildeten Völkern erscheint das Wort, sowohl das geschriebene als das gesprochene solenne Wort (die Formel) als etwas Geheimnißvolles, der naive Glaube schreibt ihm übernatürliche Kraft zu. Nirgends war dieser Glaube an das Wort mächtiger als im alten Rom. Der Cultus des Worts geht durch alle Verhältnisse des öffentlichen und Privatlebens, der Religion, Sitte und des Rechts.[608]) Das Wort ist dem alten

608) Eine reiche Materialiensammlung gewährt das bekannte Werk von Brissonius de vocibus ac formulis.

Römer eine Macht, es bindet und löst, und es hat, wenn auch nicht die Kraft, Berge, so doch Früchte auf ein fremdes Feld zu versetzen,[609] ja sogar die Gottheit vom Himmel auf die Erde zu ziehen (devocare) und aus der belagerten Stadt heraus zu treiben (evocatio deorum), kurz „der Formel wohnt, um mich der Worte eines neuen Alterthumsforschers zu bedienen, nicht bloß die Kraft des menschlichen Willens, sondern eine höhere, eine göttliche und darum auch die Götter bindende Kraft bei." Mit welcher Strenge und Pedanterie daher die alte Jurisprudenz immerhin auf ihrem Gebiete das Wort handhaben mochte, sie gerieth dadurch mit der nationalen Denkweise in keinen Widerspruch, ja im Gegentheil es gab eine Zeit, und sie dauerte lange, wo dieselbe Wortklauberei der Juristen, die späterhin ein so dankbarer Stoff für die Persiflage eines Cicero ward und selbst aus dem Munde von Juristen und Kaisern ihr Verdammungsurtheil hören mußte,[610] in den Augen des Volks, weit entfernt den Juristen

609) Die XII Tafeln enthielten gegen den Versuch einer solchen Anwendung der Zaubersprüche Strafbestimmungen, Plin. Hist. Nat. XXVIII, 2, 4: qui fruges excantasset. Ueber die dem Wort beigelegte mystische Kraft siehe vor allem die classische Stelle bei Plinius H. N. XXVIII, 3—5. Noch in der spätern Zeit spielen die Zaubersprüche eine große Rolle, s. z. B. Apulejus (ed Bip.) Metam. I p. 10, de magia oratio II. p. 52 virtutes . . violentia cantionum.

610) Gaj. IV §. 30: nimia subtilitas veterum; Constantin in L. 1 Cod. de form. subl. (2. 58): Juris formulae aucupatione syllabarum insidiantes, namentlich aber Cicero z. B. pro Caecina c. 23: aucupia verborum et literarum tendiculas; de off. I c. 10, pro Murena c. 11—13, de orat. I, 55: praeco actionum, cantor formularum, auceps syllabarum. Keiner nahm übrigens wohl einen für das Verständniß jenes Wort- und Formelwesens so ungeeigneten Standpunkt ein als Cicero. Denn ganz abgesehen von seiner unverkennbaren Tendenz, die Jurisprudenz im Interesse der Redekunst zu erniedrigen, einer Tendenz, die ihn eingestandenermaßen bei seiner Rede pro Murena zu seiner bekannten Diatribe gegen die Juristen verleitete, so mußte einem Redner, wie ihm, dem man alles andere eher vorwerfen kann als Aengstlichkeit im Gebrauch seiner Worte, oder gar einem Literaten, wie Mommsen ihn nennt, jenes peinliche und scrupulöse Abwägen der Worte von Seiten der Juristen doppelt anstößig sein.

zum Vorwurf zu gereichen, als Beweis des Scharfſinns und der Ueberlegenheit galt, und wo die entgegengeſetzte freiere Interpretation, welche die ſpätere Jurisprudenz namentlich bei den Verträgen des jus gentium zur Anwendung brachte, nicht bloß auf kein Verſtändniß, ſondern auf die entſchiedenſte Oppoſition hätte rechnen müſſen. Es gehörten viele Jahrhunderte dazu, um die Jurisprudenz ſowohl wie das Volk in dieſer Beziehung umzuſtimmen und für eine freiere Art der Auslegung zu gewinnen.

Die Herrſchaft des Worts im ältern Recht äußert ſich nach zwei Seiten hin, oder, was daſſelbe ſagen will, der Wille iſt rückſichtlich des Gebrauchs der Worte in doppelter Weiſe beſchränkt. Einmal nämlich darin, daß ihm die Wahl derſelben bis zu einem gewiſſen Grade völlig entzogen iſt, indem die gültige Vornahme der verſchiedenen Rechtsgeſchäfte an den Gebrauch gewiſſer Stichworte oder ſtehender Formeln gebunden iſt. Andererſeits aber darin, daß wenn auch die Wahl der Worte für die Faſſung des concreten Willensinhalts ihm ſelbſt überlaſſen iſt, es dabei doch der peinlichſten Genauigkeit und Achtſamkeit bedarf, indem vermöge des Princips der Wortinterpretation nur das als geſetzt und gewollt gilt, was direct und ausdrücklich geſagt iſt. In der erſten Richtung handelt es ſich um eine typiſche, abſtracte, in der zweiten um die individuelle, concrete Form, und wir könnten daher von zwei formaliſtiſchen Beſchränkungen ſprechen und beide mit dem Zuſatz abſtract und concret unter dem Ausdruck Formalismus zuſammenfaſſen. Da jedoch der Sprachgebrauch dieſem Ausdruck einmal eine ausſchließliche Beziehung auf das erſte Verhältniß gegeben hat, ſo ſtehe ich um ſo eher davon ab, als mir ein ſolches Bedürfniß der Zuſammenfaſſung beider unter einen Namen überhaupt nicht vorhanden zu ſein ſcheint. Beide verhalten ſich, wenn ſie auch derſelben Quelle entſtammen, doch im übrigen völlig ſelbſtändig gegen einander; der Formalismus kann ohne die Wortinterpretation vorkommen (man denke z. B. an unſer heutiges Teſtament, deſſen Einrichtung an beſtimmte

Formen geknüpft ist, und dessen Bestimmungen doch völlig frei zu interpretiren sind) und umgekehrt letztern ohne ersteren.

Die gemeinsame Quelle, aus der beide hervorgehen, ist meiner Ansicht nach das *subjective Haften an der äußern Erscheinung*. Beide charakterisiren sich nämlich durch die Präponderanz des äußern über das innere Moment, der Form über den Inhalt; die subjective Stimmung aber, die dieser objectiven Thatsache entspricht, und in der mithin ihr historisches Motiv zu suchen ist, besteht in der Richtung des Geistes auf die Aeußerlichkeit, also in der Sinnlichkeit der Anschauungsweise. Die Richtigkeit dieser Auffassung rücksichtlich des Formalismus kann erst in §. 45 nachgewiesen werden, rücksichtlich der Wortinterpretation, der unsere gegenwärtige Betrachtung gewidmet ist, wird sie sich aus der folgenden Ausführung über das *Verhältniß des Worts zum Gedanken* ergeben.

Die Art und Weise, wie das Wort den Gedankenaustausch vermittelt, kann man sich in doppelter Weise denken, und auf dieser Verschiedenheit beruht die Möglichkeit jener zwiefachen Art der juristischen Interpretation, für die man den wenig zutreffenden Namen der *grammatischen* und *logischen* gewählt hat. [610a])

Es klingt paradox, wenn ich die Frage aufwerfe, ob das Wort überhaupt im Stande ist, den Gedanken *wieder zu geben*, und doch ist diese Frage nicht bloß zu erheben, sondern sogar zu verneinen. Der Gedanke ist ein innerer Vorgang des subjectiven Geisteslebens, eine Thätigkeit, eine Bewegung, eine *Denkwelle* — eine Bewegung aber läßt sich nicht objectiviren. Nur um den Preis also kann der Gedanke aus dem Schooß der subjectiven

---

610a) Das Beste über diesen Unterschied findet sich bei *Kierulff* Theorie des Civilrechts S. 21 fl., allein auf den letzten Grund desselben ist auch er nicht eingegangen; die Darstellungen in den meisten Pandektencompendien sind ungenügend, und auch das speciell auf den Zweck gerichtete Werk von *Lang*, Beiträge zur Hermeneutik des römischen Rechts hat die Sache im Mindesten nicht gefördert.

Innerlichkeit in die Außenwelt treten, daß er sein eigentliches Wesen einbüßt d. h. daß er erstarrt; der ausgesprochene Gedanke ist, so zu sagen, gefrorenes Denken.[610b]) Nur im uneigentlichen Sinn können wir daher von einer Mittheilung oder Uebertragung des Gedankens sprechen; übertragen wird nicht der Gedanke selbst, sondern das Wort gewährt nur den Anstoß und die Möglichkeit eines ähnlichen Denkvorganges, der Reproduction einer ähnlichen geistigen Bewegung in der Seele des Hörers, wie in der des Sprechenden. Sprechen heißt eine Bewegung hervorrufen, eine physische in der Luft, eine geistige im Kopfe des Hörers. So wenig wie die Luftwelle das Wort etwa wie der Wind das Blatt weiter trägt, sondern wie das Wort, das wir vernehmen, nichts ist als Schwingung der Luftwelle, ebensowenig trägt das Wort den Gedanken als seinen geistigen Inhalt in sich und zu uns herüber, sondern es bewirkt nur, wenn es bei uns auf Verständniß rechnen kann, eine der des Redenden mehr oder minder conforme Schwingung unsers Geistes. Das Wort ist nichts objectiv vorhandenes, kein Gegenstand, nicht der gefesselte Gedanke in seiner Objectivität, sondern physikalisch wie intellectuell nichts als ein Vorgang, ein Akt, eine Einwirkung auf Gehör und Gehirn, ein Stoß, den der Eine führt, um diese beiden Organe beim Andern in eine bestimmte Thätigkeit zu versetzen. Einen Gedanken in dem Andern hervorzurufen, dazu ist oft ein Blick, ein Händedruck, eine Geberde, ein Wink eben so gut im Stande als das Wort; der beste Beweis, daß die Möglichkeit der geistigen Mittheilung nicht auf der Nothwendigkeit einer Objectivirung des Gedankens beruht — denn was hat sich in jenen Zeichen objectivirt? wie unendlich weit bleiben auch bei dem wörtlichen Gedankenausdruck die gebrauchten Worte hinter dem Gedanken zurück, ohne daß dadurch die Treue und

610b) Ich kann es mir nicht versagen an den Ausdruck, den Schiller in den Votivtafeln diesem Gedanken gegeben hat, zu erinnern:

Warum kann der lebendige Geist dem Geist nicht erscheinen?
Spricht die Seele, so spricht ach! schon die Seele nicht mehr.

Vollſtändigkeit ſeiner Reproduction in der Seele des Andern im mindeſten beeinträchtigt würde — ſondern auf einem Impuls zum verwandten Denken. Das Princip der Mittheilung iſt bei der durch Worte ganz daſſelbe, wie bei der durch Zeichen; das eine Mittel iſt vollkommen, das andere unvollkommen, aber ſie *wirken* in derſelben Weiſe, beide geben nicht den Gedanken ſelbſt, auch wenn die Formulirung deſſelben eine noch ſo genaue iſt, ſondern ſie gewähren nur die Aufforderung und den Anhaltspunkt, ſich ihn zu *reconſtruiren*.

Eben darum aber genügt in beiden Fällen nicht ein bloß paſſives Verhalten, ein bloßes *Entgegennehmen* eines Gegebenen, denn das Gegebene iſt nicht das, was man geben will, ſondern es ſoll nur als Mittel für den Andern dienen, ſich das, was er haben ſoll, bei richtigem Gebrauch zu verſchaffen; es bedarf vielmehr einer *Selbſtthätigkeit* von ſeiner Seite. Hier ſcheiden ſich nun die grammatiſche und logiſche Interpretation. Erſtere entzieht ſich dieſem Anſinnen einer ſelbſtthätigen Verwendung des Gegebenen, ſie *bleibt* bei letzterem d. h. *bei den Worten ſtehen*, wie es die Sprache ganz treffend ausdrückt. Sie betrachtet alſo die Worte als das, was ſie nie ſind und ſein können, als den Gedanken ſelbſt in ſeiner Sichtbarkeit und Objectivität oder, was daſſelbe iſt, als das ausſchließlich in Betracht kommende *Surrogat* deſſelben. Letztere hingegen geht dem wahren Weſen der Gedankenmittheilung gemäß, um mich auch hier des ganz bezeichnenden Ausdrucks der Sprache zu bedienen, *über die Worte hinaus* d. h. ſie verſetzt ſich in die Seele des Redenden, ſucht den Gedanken gewiſſermaßen in ſeiner Heimath auf. Der Schauplatz *ihrer* Thätigkeit iſt die Seele des Redenden, der Schauplatz *jener* das nackte Wort. Was nicht in den Worten liegt, exiſtirt für ſie nicht, weil es ſich nicht im Wort verkörpert hat. Sie hält ſich, wie die Sprache es nennt, an das *todte* Wort; *todt*, weil es ihr nicht dient, um das Denken des Sprechenden in ſich zu reproduciren, den Gedanken zu neuem Daſein zu erwecken, ſondern weil es ihr nichts weiter iſt als die

Todtenmaske des Gedankens. Ihr einziges Augenmerk ist nur darauf gerichtet, den Sinn anzugeben, den die Worte als solche nach Maßgabe des Sprachgebrauchs haben, den objectiven Wortgehalt; ob derselbe der wirklichen Meinung des Redenden entspricht, ist für sie gleichgültig und muß ihr gleichgültig sein, wenn sie sich nicht selbst verläugnen will.

Der Gegensatz beider Auffassungsweisen läßt sich demgemäß mit den Ausdrücken objectiv und absolut für die eine, und subjectiv und relativ für die andere bezeichnen. Letztere setzt das Wort in Verbindung mit seinem Urheber und gibt unter Zuhülfenahme von sonstigen Momenten an, was dieses Subject in diesem Fall damit hat sagen wollen, bestimmt also am letzten Ende die Kraft und Bedeutung des Wortes nicht aus ihm selber, sondern anderswoher. Ihre ganze Aufgabe läßt sich in das eine Wort zusammenfassen: Vergegenwärtigung der Situation, in der das Wort gesprochen, das Zeichen gegeben ist. In dieser Situation d. h. in dem Verhältniß der Personen, in dem Zweck, der sie zusammenführte, in Zeit, Ort u. s. w. liegt der Schlüssel, der Commentar des äußern Zeichens; je nachdem sie beschaffen, bestimmt sich die Wahl der nöthigen Verständigungsmittel — in dieser Situation kann ein Wort mehr sagen als in jener hundert. Darauf beruht es, daß bei dieser Art der Auslegung dasselbe Wort und derselbe Satz je nach Verschiedenheit der Situation einen ganz verschiedenen Sinn haben kann. Bei der andern Art ist dies nicht möglich; für sie, die das Wort als etwas Selbständiges, von der Subjectivität des Redenden und den mitwirkenden Umständen Unabhängiges, rein aus und durch sich selbst zu Bestimmendes betrachtet, muß dasselbe Wort, derselbe Satz, von wem und unter welchen Verhältnissen er auch gebraucht werde, immer dieselbe Bedeutung haben.

Ueber das Werthverhältniß jener beiden Interpretationen zu einander kann nach dem bisherigen kein Zweifel bestehen. Dem Wesen der geistigen Mittheilung entspricht allein die logische Interpretation; sie legt dem Wort keine andere Function und

keinen andern Werth bei, als daſſelbe einmal hat. Wäre die Annahme, von der die grammatiſche Interpretation ausgeht, daß nämlich der Gedanke als ſolcher ſich wiedergeben läßt, in Wahrheit begründet, ſo würde letztere freilich unbedingt den Vorzug verdienen. Denn ganz abgeſehen von der geringeren Anforderung, die ſie an den Interpreten ſtellt, hat ſie den Vorzug der Unmittelbarkeit des Reſultats und damit den der größeren Sicherheit voraus. Bei ihr bedarf es nicht erſt eines Suchens und Operirens, keiner Schlußfolgerungen und künſtlicher Deductionen, wie bei der logiſchen Interpretation, ſondern ſie hält ſich gläubig an das, was unmittelbar vorliegt, an die äußere Erſcheinung. Aber letztere — und damit fällt jener ſcheinbare Vorzug der Sicherheit zuſammen — iſt oft höchſt trügeriſch, unzuverläßig, unwahr, das Wort, dem Gedanken gegenüber, iſt bald zu weit, bald zu eng; jene Sicherheit kommt alſo eben ſo wohl dem Irrthum als der Wahrheit zu gute.

Aus dem Bisherigen erklärt es ſich, warum die grammatiſche Interpretation hiſtoriſch überall der logiſchen vorangeht. So befremdend es erſcheinen mag, daß gerade *diejenigen* Zeiten es mit dem Wort am ſtrengſten nehmen, die deſſelben am wenigſten mächtig ſind, mithin am wenigſten befähigt ſind, die Vorausſetzung der grammatiſchen Interpretation, daß die Worte einen getreuen Ausdruck des Gedankens enthalten, zur Wahrheit zu machen, ſo ſehr entſpricht doch dieſer Wortcultus andererſeits dem Charakter ihrer ganzen Bildungsſtufe. Der Glaube an die äußere Erſcheinung iſt das Urſprüngliche, Natürliche, die Skepſis und die Losreißung von der Erſcheinung das Spätere. Das Wort iſt das Greifbare, Unmittelbare, der Geiſt das Unſichtbare, Mittelbare, das *Greifen* aber iſt, wie überall, ſo auch beim Wort dem *Begreifen* vorausgegangen. Die Emancipation vom Wort iſt erſt dann an der Zeit, wenn der Geiſt die erforderliche Kraft gewonnen hat, um auch ohne daſſelbe mit Sicherheit operiren zu können. Zu dieſer Höhe hatte ſich aber, wie wir bereits wiſſen, der römiſche Geiſt im ältern Recht

noch nicht aufgeschwungen; die Stufe, die er hier einnimmt, ist die des Haftens an der äußern Erscheinung, also der Wortinterpretation.

Bei unserer Darstellung trennen wir die Interpretation der Rechtsgeschäfte von der der Gesetze. An und für sich zwar macht es für die Interpretation keinen Unterschied, ob der Gegenstand derselben ein Gesetz oder ein Rechtsgeschäft ist, und diese Erwägung hat mich lange verleitet, beide auch für das ältere Recht auf eine Linie zu stellen, allein es wird sich zeigen, daß diese Annahme eine irrige ist.

1. Interpretation der Rechtsgeschäfte.

Bei den Rechtsgeschäften begegnen uns im spätern Recht beide Arten der Interpretation, die eine bei denen des strengeren, die andere bei denen des freieren Rechts. Die Juristen drücken denselben aus als Gegensatz des Wortes und des Willens oder Inhalts,[611] Cicero[612] charakterisirt ihn als Streiten mit Buchstaben, als Unbilligkeit, strenges, verschlagenes Recht, als chicanöse Auslegung auf der einen, und Beachtung der wahren

611) L. 219 de V. S. (50. 16): In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit L. 11 §. 19 L. 18 de leg. III (32) (bei Fideicommissen) L. 3 §. 9 de adim. leg. (34. 4) ... sensum magis, quam verba.

612) pro Caecina c. 23: Si contra verbis et literis et ut dici solet summo jure contenditur, solent ejusmodi iniquitati boni et aequi nomen dignitatemque opponere ... tum aucupia verborum et literarum tendiculas in invidiam vocant, tum vociferantur, ex aequo et bono, non ex callido versutoque jure rem judicari oportere: scriptum sequi calumniatoris esse, boni judicis voluntatem scriptoris auctoritatemque defendere; pro Murena c. 12: In omni denique jure civili aequitatem reliquerunt, verba ipsa tenuerunt; de off. I, 10: Existunt etiam saepe injuriae calumnia quadam et nimis callida, sed malitiosa juris interpretatione. Ex quo illud: summum jus, summa injuria.

Willensmeinung des Sprechenden, als billiges Recht auf der andern Seite.

Dem ältern Recht war dieſer Gegenſatz fremd. Die Verhältniſſe, bei denen die logiſche Interpretation Platz greift, ſind ſämmtlich erſt in ſpäterer Zeit klagbar geworden; rückſichtlich der Fideicommiſſe iſt dies bekannt, rückſichtlich der Verträge des jus gentium wird der Beweis an einer andern Stelle erbracht werden; für das ältere Recht bleibt demnach nur die Wortinterpretation übrig.

Um ein zutreffendes Bild von ihr zu entwerfen, dazu reichen unſere directen Quellenäußerungen nicht aus, denn ſie beſchränken ſich auf eine ganz allgemeine Charakteriſtik derſelben als einer mit äußerſter Strenge und minutiöſer Peinlichkeit verfahrenden Wortinterpretation (ſ. die Anm. 610). Dagegen gibt es für uns noch eine indirecte Quelle, welche dieſen Mangel vollſtändig erſetzt und es uns ermöglicht, unſere Schilderung durch Beiſpiele anſchaulicher zu machen, nämlich die Wortinterpretation des ſpätern Rechts. Mag auch nicht das ganze Material, das wir hier vorfinden, der ältern Zeit entſtammen, mögen immerhin auch die ſpätern Juriſten manches Einzelne erſt hinzugefügt haben, darüber, meine ich, wird wohl kein Zweifel ſein können, daß nicht bloß die Wortinterpretation ſelbſt, ihre ganze Methode und Weiſe, ſondern auch der größte Theil des Materials ein Vermächtniß der älteren Jurisprudenz iſt, und daß der Geiſt, in dem ſie gehandhabt ward, im Lauf der Zeit wohl ein milderer, unmöglich aber ein ſtrengerer geworden ſein kann.

Oberſter Grundſatz der Wortinterpretation, ſo wie ſie ſich in der ſpätern Jurisprudenz erhalten, iſt, daß alles, was gewollt, ausdrücklich geſagt ſein muß; was gewollt, aber nicht geſagt iſt, kommt nicht in Betracht, während umgekehrt was geſagt, aber nicht in dem Umfang gewollt iſt, gilt, ungeachtet in beiden Fällen die Discrepanz des Wortes und Willens mit größter Sicherheit dargethan werden kann und auch dem Gegner nicht unbekannt war. Wer in ſeinem Teſtament ſeinen Sklaven zum

alleinigen Erben einsetzt, gibt damit in der That aufs unzweideutigste zu erkennen, daß er demselben auch die Freiheit zuwenden will, denn um Erbe zu werden, muß der Sklave frei sein. Allein frei werden und Erbe werden ist zweierlei, es handelt sich also um zwei an sich völlig von einander unabhängige Dispositionen, die Worte des Testators betreffen aber nur eine derselben, folglich wird der Sklave weder frei, noch Erbe.[613] Wenn Jemand für den Fall, daß seine Kinder vor ihm sterben sollten, einen Andern zum Erben einsetzt, so ist offenbar seine Vorstellung die, daß im entgegengesetzten Fall die Kinder erben sollen; man könnte letztere also auf Grund dieser indirecten Berücksichtigung, auch ohne daß sie selbst ausdrücklich eingesetzt sind, aus dem Testament zur Erbschaft berufen. Allein sie sind nicht ausdrücklich eingesetzt, und folglich ist, da sie auch nicht ausdrücklich enterbt sind, das Testament nichtig.[614] Aehnliche Beispiele gewährt das Erbrecht in Menge, namentlich in der Lehre von der Exheredation und Präterition. Der Vater kann seine Kinder beliebig von der Erbschaft ausschließen, mithin auch unter einer Bedingung. Gesetzt nun, der Vater ernennt den Sohn unter einer casuellen Bedingung zum Erben, so ist offenbar seine Meinung, daß derselbe für den entgegengesetzten Fall ausgeschlossen sein soll. Allein er hätte dies ausdrücklich sagen müssen, denn Einsetzung und Enterbung ist zweierlei; — das Testament ist nichtig.[615] Wenn der Servitutberechtigte sich das Recht ausbedungen hat, den Weg repariren zu dürfen, so versteht es sich, sollte man sagen, von selber, daß er das erforderliche Material herbeischaffen darf, und

613) §. 2 I. quib. ex caus. (1. 6), worin Justinian zugleich die Aenderung referirt, die er im Geist des neuern Rechts darüber getroffen hat.

614) L. 19 de hered. inst. (28. 5) L. 16 §. 1 de vulg. et pup. subst. (28. 6). Nach den meisten neuern Pandektenlehrbüchern und selbst nach dem von Puchta (§. 473 not. c) soll dieses Musterstück altrömischer Wortinterpretation noch heutzutage gelten! S. dagegen v. Vangerow, Pandekten §. 449 Anm. 1.

615) S. z. B. L. 83 de cond. et dem. (35. 1). Ein ähnliches Beispiel gewährt die cretio perfecta und imperfecta. Ulp. XXII, 34.

dies erkennt auch die spätere römische Jurisprudenz an, allein in alter Zeit nahm man darüber einen ausdrücklichen Zusatz in die Formel auf. [615a])

Es ist Jemand dem Andern zur Eigenthumsübertragung (dare) eines Sklaven verpflichtet, der Sklav erkrankt und stirbt aus Mangel an Pflege oder ärztlicher Behandlung. Haftet der Schuldner dafür? Nein, denn er hat sich nur zum dare, nicht zu einem facere verpflichtet. [616]) Der Verkäufer hat für den Fall der Entwährung der Sache die stipulatio dupli geleistet, es wird jetzt ein Theil evincirt, haftet er? Nein! [617]) Wie rücksichtlich dieses Punktes, so begränzen rücksichtlich aller andern die Vertragsworte genau den Umfang der Verpflichtung; [618]) satis est, sagt Cicero (de off. III, 16) von der Verpflichtung des Verkäufers nach den XII Tafeln, ea praestari, quae sunt lingua nuncupata. Darum haftete der Verkäufer für keine Fehler und Mängel, für die er nicht ausdrücklich die Garantie übernommen, selbst wenn er sie gekannt hatte. Erst das spätere Recht hat hier wie in so vielen andern Fällen geholfen und den Anspruch der Partei auf Punkte ausgedehnt, deren im Vertrage selbst keine Erwähnung geschehen war. [619])

Eine beträchtliche Ausleſe für unsern Zweck gewähren auch die Geschäfts- und Proceßformeln. Die Fassung dieser Formeln war eine außerordentlich prägnante; jedes Wort wog schwer.

615a) L. 4 de itin. (43. 19). Veteres nominatim adjiciebant, ut ea quoque, quae ad refectionem utilia essent, apportanti vis non fieret, quod supervacuum est, quia etc.

616) So noch Paulus in L. 91 pr. de V. O. (45. 1).

617) L. 56 §. 2 de evict. (21. 2).

618) L. 126 §. 2 de V. O. i. f. (45. 1).

619) z. B. Verzugszinsen, Verpflichtung zur diligentia, zur Bestellung einer cautio dupli (L. 31 §. 20 de aed. ed. 21. 1), Verkaufsrecht des Pfandgläubigers (früher bedurfte es eines pactum de re vendenda). Das läßt sich auch so ausdrücken: die s. g. accidentalia negotii (quae extrinsecus veniunt) haben sich nunmehr in naturalia (quae tacite insunt) verwandelt.

Ob es z. B. in der Klagformel hieß: est oder erit, war für die richterliche Aestimation vom größten Einfluß, ebenso kam es bei der Einsetzung mehrerer Erben oder bei dem Vermächtniß an mehrere Legatare wesentlich darauf an, wie sie aufgezählt, ob sie z. B. durch et verbunden oder einzeln neben einander genannt waren, oder ob zwei Legataren zusammen das Ganze oder jedem einzelnen die Hälfte vermacht war. Wer den Sinn und Einfluß dieser Worte nicht kannte, sich derselben vielmehr in naiver Weise ebenso bediente, wie er es im Leben gewohnt war, also z. B. meinte, daß zwei Hälften, um es einmal paradox auszudrücken, gleich seien dem Ganzen, und daß es auf ein et mehr oder weniger nicht ankomme, konnte sich und Andere dadurch ohne sein Wissen im höchsten Grad verkürzen; das Wörtchen et konnte im Testament eine Million wiegen!

Für den Verkehr begründete diese Strenge der Interpretation die Möglichkeit und die Gefahr arger Uebervortheilung. Wer es verstand, einer Vertragsberedung, über deren Sinn er mit der Gegenpartei völlig einverstanden war, bei der schriftlichen oder mündlichen Formulirung, je nachdem sein Interesse es erforderte, einen engeren oder weiteren Ausdruck zu geben, der hatte gewonnenes Spiel, selbst wenn er zugestand, daß die beiderseitige Absicht auf etwas ganz anderes gerichtet gewesen war. Ebenso stand es ihm frei, das Recht des Gegners durch *Umgehung* des Vertrages d. h. durch eine Handlungsweise, die den Worten entsprach, der wirklichen Intention aber widerstrebte, zu elidiren.[620])

620) Der Begriff der Umgehung (fraus) wird zwar gewöhnlich nur auf die *Gesetze* bezogen und in den Quellen definirt als Beachtung der Worte mit Uebertretung des wirklichen Willens des *Gesetzes* z. B. L. 29, 30 de leg. (1. 3 . . in fraudem, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit. L. 5 Cod. de leg. (1. 14) verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem, allein es bedarf keiner Bemerkung, daß die Umgehung als unvermeidliche Folge der Wortinterpretation eben sowohl bei *Rechtsgeschäften* Platz greifen konnte, s. L. 1 §. 3 de dol. exc. (44. 4). Et quidem dolo fit tam in *contractibus* quam in *testamentis* quam in *legibus*.

Die malitiosa juris interpretatio, wie Cicero (de off. l. c. 10)[620a]) ſie nennt, war eine unvermeidliche Conſequenz der alten interpretatio überhaupt, der dolus, die fraus war legaliſirt, und das „summum jus," die äußerſte Strenge in der Handhabung der Worte, ſchlug daher nach der bekannten römiſchen Parömie, die Cicero hierbei in Bezug nimmt, nicht ſelten in eine „summa injuria" um. Das ältere Recht kannte gegen eine ſolche Gefahr keine Hülfe, im neuern konnte der Stipulant ſich bei den Verträgen des ſtrengen Rechts (bei denen die Gefahr überhaupt nur beſtand) dagegen durch die clausula doli, („dolumque malum abesse abfuturumque esse")[621]) ſicher ſtellen, dem Promittenten konnte der Prätor durch Gewährung der exceptio doli helfen.

Uebrigens betrachte man dieſe Gefahr nicht mit heutigen Augen. Sie war in der That ungleich geringer, als es den Anſchein gewinnt. Wo ein Wort den Ausſchlag gibt, pflegt man, durch eigenen oder fremden Schaden gewitzigt, die Worte ungleich ſorgſamer abzuwägen, als wo eine Ungenauigkeit im Gebrauch derſelben keine weiteren nachtheiligen Folgen hat. Das natürliche Bedürfniß des Verkehrs führt hier von ſelbſt zu Sicherungsmitteln gegen Gefahren, die uns, in dem Maße wenigſtens, unbekannt ſind. Dahin gehörte in Rom die Benutzung der Geſchäftsformulare, von der in §. 47 die Rede ſein wird, ſo wie die bereits §. 42 erwähnte Zuziehung eines Juriſten bei Entwerfung des Vertragsinſtruments (das cavere). Andererſeits verdient gegen jenen Nachtheil der Wortinterpretation auch der in unſerer allgemeinen Betrachtung der Wortinterpretation hervorgehobene Vortheil der Sicherheit, den ſie dem Verkehr gewährte, in Gegenrechnung gebracht zu werden. Wo das Wort und nichts als

620a) Quo in genere, ſetzt er hinzu, etiam in re publica multa peccantur und fügt als Beiſpiel die Auslegung eines Waffenſtillſtands von 30 Tagen hinzu, bei der man den Ausdruck Tag wörtlich genommen und ſich die Nacht hindurch nicht an den Waffenſtillſtand gebunden erachtet hatte.

621) L. 6, L. 19 Jud. solvi (46. 7) L. 69 de V. S. (50. 16).

das Wort gilt, vermag keine Kunst, keine Deutung ein richtig gewähltes Wort zu entkräften, das Resultat der Interpretation ist hier im voraus mit aller Gewißheit zu berechnen, während dies bei der logischen Interpretation keineswegs der Fall ist, da die Subjectivität des Richters hier einen ungleich größeren Spielraum hat. Gefährlich für den Unkundigen und Unvorsichtigen, war jene Strenge der Interpretation für den Kundigen und Vorsichtigen eher vortheilhaft als nachtheilig.

Schließlich darf ich den Antheil nicht übergehen, den dieselbe an der für das römische Recht so einflußreichen Ausbildung einer festen und prägnanten Kunstsprache hatte. Daraus erklärt sich auch die in der literarischen Thätigkeit der römischen Juristen, insbesondere gegenüber der unserer heutigen, so entschieden hervortretende juristisch-lexikalische Richtung, ihre Erörterungen de verborum significatione, de verbis priscis u. s. w.[621a])

2. Interpretation der Gesetze.

Ein Mißgriff in den Worten gereicht bei dem Rechtsgeschäft bloß einer einzelnen Person zum Nachtheil und in der Regel nicht ohne ihr eignes Verschulden; der Schaden, der sich daran knüpft, ist ein vorübergehender. Ganz anders bei einem solchen Mißgriff von Seiten des Gesetzgebers, denn nicht bloß trifft der Schaden hier eine unbegränzte Zahl schuldloser Personen, sondern das Uebel bleibt, wenn das Gesetz nicht aufgehoben wird, ein dauerndes. In dieser Verschiedenheit mag es liegen, daß, während an und für sich die Interpretation der Rechtsgeschäfte und Gesetze unter gleichen Grundsätzen stand, die alte Jurisprudenz sich doch gedrungen fühlte, die Strenge, die sie dort zur Anwendung brachte, hier in etwas zu ermäßigen. Allerdings spielt auch hier das Wort

621a) Die meisten der uns bei späteren Schriftstellern erhaltenen Bruchstücke älterer Juristen enthalten Worterklärungen; s. die Sammlung derselben in Huschke Jurispr. antej. p. 1 seq.

eine große Rolle, allein wie die Römer es bei den Auspicien verstanden, die Auctorität, welche sie ihnen einräumten, mit den unabweisbaren Forderungen des Lebens in Uebereinstimmung zu bringen (I, 354 fl.), so wußten sie auch dafür Sorge zu tragen, daß die Unterwürfigkeit, welche sie den Worten der Gesetze bewiesen, nie das richtige Maß des praktisch Erträglichen überschritt.

Damit scheinen freilich die uns erhaltenen Probestücke dieser Interpretation wenig zu stimmen, dieselben machen vielmehr den Eindruck eines mit äußerster Rücksichtslosigkeit gehandhabten Wortcultus. Man vergleiche einmal folgende Fälle.

Bekannt ist der Passus der XII Tafeln über das Intestaterbrecht: Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto, si agnatus nec escit, gentiles familiam habento. Fast jedes dieser Worte ist die Quelle eines wichtigen Rechtssatzes geworden und zwar von Rechtssätzen, an die der Gesetzgeber selber sicherlich gar nicht gedacht hatte, die also nicht in seinem Willen, sondern nur in dem Wort ihren Grund hatten. Zuerst das Wort: intestato. Aus ihm folgerte man, daß wenn die Erbschaft nur von einem der mehreren Testamentserben angetreten war, die ausfallenden Theile nicht, wie man erwarten könnte, an die Intestaterben kämen, denn die Bedingung, unter der das Gesetz sie gerufen hatte, war das „intestato mori" des Erblassers; wessen Erbschaft aber auch nur von einem der mehreren Testamentserben angetreten war, von dem ließ sich nicht behaupten, daß er „intestatus" gestorben sei. Sodann das Wort: „moritur." Hirauf stützte man das Requisit, daß wer zur Erbschaft gelangen wolle, im Moment des Todes des Erblassers (wenn auch nur im Mutterleibe) existirt haben müsse.[622] Ferner: „agnatus proximus." Das Wort proximus mußte als Vorwand zur Ausschließung der suc-

622) L. 6 de suis (38. 16) lex XII tabul. eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cujus bonis quaeritur, in rerum natura fuerit. Mit dem moriente eo ist eben dies intestato moritur gemeint.

cessio graduum, die folgenden: „si agnatus nec escit“ zur Ausſchließung der successio ordinum dienen. Beide Paſſus nahm man nämlich im abſoluten Sinn, d. h. wenn ein nächſter Agnat im Moment des Todes des Erblaſſers exiſtirte, am Leben war, mochte er im übrigen vor der Antretung verſtorben ſein oder die Erbſchaft ausgeſchlagen haben, ſo erklärte man den nächſtfolgenden Agnaten nichts deſto weniger für beſeitigt, weil er im Moment des Todes des Erblaſſers nicht der proximus geweſen war, und ebenſo ließ man in dieſem Fall die Gentilen nicht zu, weil ſie nur für den Fall: si agnatus nec escit gerufen waren, der ſpätere Tod oder Verzicht des Agnaten aber die Exiſtenz deſſelben nicht ungeſchehen machte. Es war dies in der That ein Muſterſtück der Wortinterpretation, denn bei unbefangener Betrachtung kann man ſich doch nicht verhehlen, daß bei der Inteſtaterbfolgeordnung der Entferntere nicht an ſich und ſchlechthin, ſondern nur im Intereſſe des Näheren ausgeſchloſſen iſt, daß mithin, wenn letzterer ſpäter ausfällt, kein Grund abzuſehen iſt, warum der Entferntere nicht einrücken ſoll, da er, wenn auch nicht abſolut, ſo doch relativ für die von dem Andern verſchmähte Erbſchaft der Nächſte geworden iſt. Wir würden daher, wenn jene Ausdrücke in einem heutigen Geſetz vorkämen, ſie im relativen Sinn interpretiren d. h. ſagen: der nächſte Agnat iſt derjenige, dem kein näherer im Wege ſteht, und ebenſo ſind die Gentilen zuzulaſſen, wenn in dieſem Sinn kein Agnat exiſtirt d. h. keiner von ihnen ein Erbrecht geltend machen will oder kann. Innerhalb der römiſchen Jurisprudenz gelangt dieſe Interpretation in ſpäterer Zeit bei dem prätoriſchen Erbrecht zur Anwendung.[622a])

Eine lex Atilia beſtimmte, daß Unmündigen und Frauenzimmern, denen es an einem Tutor fehlte, ein ſolcher von Amts-

622a) L. 1 §. 10 de succ. ed. (38. 9) . . ceteris bonorum possessio perinde competit, ac si prior ex eo numero non fuerit, und L. 2 pr. de bon. lib. (38. 2) . . sequentibus datur, atque si priores ex eo numero non essent.

wegen bestellt werden solle. Ueber den Fall, wenn zwar ein Tutor vorhanden, derselbe aber z. B. wegen Wahnsinns, Taubheit u. s. w. zur Führung der Vormundschaft absolut unfähig war, hatte das Gesetz sich nicht ausgelassen. Was war hier zu thun? Wir heutigen Juristen würden vom Zwecke der Vormundschaft aus folgendermaßen argumentiren. Ob ein Vormund überhaupt nicht existirt, oder ob derselbe unfähig ist, steht sich völlig gleich; wenn also das Gesetz dem Bedürfniß nach Vormündern Abhülfe gewähren will, so muß seine Anordnung in beiden Fällen gleichmäßig Platz greifen. Die alte Jurisprudenz hingegen hielt sich hier an die Worte des Gesetzes, „Personen, die keine Vormünder haben."[623] Eine Person, sagte sie, deren Vormund wahnsinnig oder sonst unfähig ist, hat einen Vormund, folglich greift die Bestimmung des Gesetzes nicht Platz. Es bedurfte erst verschiedener Senatsbeschlüsse, um diese Doctrin nach allen Anwendungen hin zu beseitigen.[624]

Als letztes Beispiel möge genannt sein die bereits bei einer früheren Gelegenheit (S. 184) berücksichtigte Stelle der Zwölf Tafeln für den Verkauf des Sohnes von Seiten des Vaters: „Si pater filium ter venumduit, filius a patre liber esto." Die spätern Juristen würden den Ausdruck filius auch auf Töchter und Enkel erstreckt haben,[625] die ältern bezogen ihn streng wörtlich nur auf den Sohn.

Diese Beispiele scheinen die Meinung, daß die ältere Jurisprudenz sich bei der Interpretation der Gesetze streng an das Wort gehalten habe, über allen Zweifel zu erheben, und doch ist sie meines Erachtens entschieden zu verwerfen.[625a] Um uns

623) Ulp. XI, 18 hat die Fassung: mulieribus pupillisve non habentibus tutores, Gaj. I §. 185 und die Institutionen in pr. I. de Atil. tut. (I. 20): si cui nullus omnino tutor sit.

624) L. 17 de tut. (26. 1).

625) L. 84 de V. S. (50. 16): filii appellatione omnes liberos intelligimus.

625a) Der Versuch, sie wissenschaftlich zu begründen, ist nie unternommen, sonst würde man sich sofort von ihrer Unhaltbarkeit überzeugt haben,

davon zu überzeugen, stellen wir zunächst eine Reihe anderer Fälle zusammen, in denen die Jurisprudenz sich in nicht zu bestreitender Weise über das Wort hinweggesetzt hat.

Die Zwölf Tafeln setzten die Usucapionsfrist für den „fundus" auf zwei, für die „ceterae res" auf ein Jahr. Wozu gehörten nun die Häuser? Bei strenger Wortinterpretation offenbar zu den ceterae res,[626] allein die Interpretation stellte sie praktisch aus gutem Grunde dem fundus gleich. Das Recht des Eigenthümers, Obst, Früchte u. s. w., die auf des Nachbarn Grundstück gefallen, aufzulesen, stammt aus den Zwölf Tafeln,[627] allein die Worte des Gesetzes waren theils zu eng, theils zu weit. Jenes — denn das Gesetz sprach bloß von glans (Eichel oder eichelähnliche Frucht z. B. Kastanien); dieses — denn es band die Ausübung an keine Beschränkung. Hätte man hier wörtlich interpretiren wollen, so hätte man alle andern Früchte außer der genannten Art ausnehmen und andererseits dem Eigenthümer die Befugniß einräumen müssen jeder Zeit, also z. B. auch bei Nacht und des Tags zwei, drei Mal das Grundstück des Nachbarn zu betreten. Beides ist nicht geschehen.[628] Das Gesetz bestimmte, daß der Sklave, dem der Herr im Testament gegen Entrichtung eines bestimmten Lösegeldes die Freiheit vermacht hatte, das Lösegeld nicht bloß dem Erben, sondern, wenn letzterer ihn veräußert hatte, dem „emtor" zahlen dürfe. Diesen Ausdruck nahm man im weitesten Sinn für jeden, der das Eigenthum am

---

aber in gelegentlichen Aeußerungen tritt sie auch bei unsern besten Rechtshistorikern hervor, s. z. B. Keller Pandekten §. 458 (Aufl. 1 S. 875): „nach der steifen Interpretationsweise dieser alten Zeit blieb man dabei genau bei dem Worte stehen."

626) Dies bemerkt auch Cic. Top. c. 4 at in lege aedes non appellantur et sunt ceterarum rerum omnium, quarum annuus est usus.

627) Plin. Hist. nat. XVI, 5.

628) Rücksichtlich des ersten Punktes half die Jurisprudenz L. 1 §. 1 de glande leg. (43. 28), rücksichtlich des letzteren der Prätor L. 1 pr. ibid.

Sklaven erworben habe.[629]) Ebenſo dehnte man den Ausdruck patronus auch auf die Kinder des Patrons aus.[630]) Die Worte der Zwölf Tafeln, auf die ſich die act. aquae pluviae arcendae ſtützte, lauteten: „si aqua pluvia nocet.“. Wollte man wörtlich interpretiren, ſo mußte man die Klage auf den Fall beſchränken, wenn ein Schaden bereits geſchehen war, allein die Jurisprudenz faßte das nocet auf im Sinne von: Schaden droht.[631]) Bei der Inteſtaterbfolge rief das Geſetz den suus und agnatus proximus. Wollte man hier die masculiniſche Form urgiren, ſo war das weibliche Geſchlecht von der Inteſtaterbfolge ausgeſchloſſen. Und ſelbſt das Erbrecht der männlichen sui hätte man wegdisputiren können, da das Geſetz es ihnen nicht ausdrücklich ertheilt, ſondern es nur ſtillſchweigend vorausgeſetzt hatte. Ja, wer die Worte: si intestato moritur ſtreng wörtlich nehmen wollte, mußte ſogar zu dem Reſultate gelangen, daß die Inteſtaterbfolge in dem Fall ausgeſchloſſen ſei, wenn der Erblaſſer mit Hinterlaſſung eines Teſtaments geſtorben, einerlei ob die eingeſetzten Erben angetreten oder ausgeſchlagen hatten. Ueber das teſtamentariſche Erbrecht enthielten die Zwölf Tafeln nur den einen bekannten Satz: „uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita jus esto.“ Wohin würde es geführt haben, wenn man dieſen Satz in dem Umfange genommen hätte, wie er lautete! Von einem Einfluß der capitis deminutio des Teſtators, von dem Requiſit der Erbfähigkeit der Erben u. ſ. w. hätte dann gar keine Rede ſein können. Dieſe und andere Beſchränkungen wurden alſo gegen den Wortlaut von der Jurisprudenz in das Geſetz hineingetragen.[632])

629) L. 29 §. 1 de statul. (40. 7) . . quoniam lex XII tab. emtionis verbo omnem alienationem complexa videretur, non interesset, quo genere quisque dominus ejus fieret.

630) Vat. fragm. §. 308: in XII patroni appellatione etiam liberi patroni continentur. Cf. Coll. XVI 8 §. 2.

631) L. 21 pr. de statul. (40. 7) . . sic et verba legis XII tabul. veteres interpretati sunt: si aqua pluvia nocet i. e. nocere poterit.

632) L. 120 de V. S. (50. 16) . . . sed id coangustatum est

Doch genug! Die angeführten Beispiele lehren zur Genüge, daß die alte Jurisprudenz sich nicht, unbekümmert um das Resultat, bei der Auslegung der Gesetze blindlings dem Wort dahingab, sondern daß sie für die Anforderungen der Vernunft und die Bedürfnisse des praktischen Lebens stets ein offnes Auge hatte und ihnen entsprechend das Gesetz zu deuten wußte. Dazu war doch trotz aller Verehrung für das Wort der Sinn der Römer zu gesund, als daß sie bei einem Mißgriff im Ausdruck von Seiten des Gesetzgebers ihre bessere Ueberzeugung und die Interessen des Lebens sklavisch dem Buchstaben geopfert hätten. Darum aber dürfen wir denn auch annehmen, daß in den obigen Fällen, wo scheinbar das Wort den Sieg davon trug, dies nicht in einer knechtischen Abhängigkeit vom Wort seinen Grund hatte, sondern daß man das Resultat *wollte* und das Wort nur als erwünschten Vorwand benutzte. Um davon an den obigen Beispielen die Probe zu machen, so hätte es, wenn man sonst die testamentarische und Intestaterbfolge für verträglich mit einander gehalten hätte, keine Schwierigkeit verursacht, die Worte: si intestato moritur damit zu vereinigen. Nahm man doch auch sonst das Wort: intestatus nicht im strengsten Sinn (S. 456). Die Benutzung des Wortes: moritur für den Satz, daß der Erbe im Moment des Todes des Erblassers gelebt haben müsse, war gleichfalls nur ein Vorwand, der entgegengesetzte Satz hätte sich mit diesem Wort eben so wohl vertragen. In dem Fall, wenn die Testamentserben ausgeschlagen hatten, bezog man ja dies Wort nicht auf die Todeszeit des Testators, sondern auf den Moment der Eröffnung der Intestaterbfolge. Die Ausschließung der successio graduum und ordinum auf Grund der angeführten Worte der Zwölf Tafeln scheint mit der Tendenz zusammenzuhängen, den von dem

---

vel legum vel *auctoritate jura constituentium*. §. 16. I. de lege Aq. (4. 3) Illud *non ex verbis* legis, sed *ex interpretatione* placuit etc. Cic. de off. III 15. Nam quum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata . . . a *jureconsultis* etiam reticentiae poena est *constituta*.

Gesetz in keiner Weise berücksichtigten bloßen Blutsverwandten (cognati) einen Zugang zum Nachlaß zu gewähren — eine Tendenz, die in späterer Zeit wenigstens aufs unzweideutigste hervortritt und einen der Hauptzwecke der prätorischen Bonorum Possessio bildet.

Zum richtigen Verständniß der so auffälligen Interpretation der lex Atilia (S. 457) muß man sich erinnern, daß die Vormundschaft im ältern Recht einen ganz andern Charakter an sich trug als in unserm heutigen. Die heutige Vormundschaft ist ausschließlich eine Schutzanstalt im Interesse des Mündels, die altrömische war zugleich ein Recht des Vormundes. Ging die patria potestas, die doch nicht minder als die Tutel den Beruf zur Erziehung und zum Schutz der ihr unterworfenen Personen in sich schloß, durch Wahnsinn und sonstige Unfähigkeit des Vaters zur Erfüllung dieses Berufes nicht unter, eben weil sie ein Recht war (so wenig wie in gleichem Falle die manus des Mannes über seine Frau), so mußte dasselbe auch für die Tutel gelten, und wir sind daher nicht zu der Annahme genöthigt, daß man bloß aus Rücksichten der Wortinterpretation sich einen Rechtssatz hätte gefallen lassen, den man im übrigen für verkehrt hielt. Daß derselbe später aufgehoben ward, spricht nicht dagegen, denn diese Aenderung hängt mit dem Umschwung in der spätern Auffassung der Vormundschaft zusammen.

Mit dem letzten der obigen Beispiele, dem Satz über den Verkauf des Sohnes hatte es dieselbe Bewandniß, wie mit der Ausschließung der successio graduum et ordinum d. h. man urgirte absichtlich das Wort, um die Bestimmung selber möglichst einzuschränken; die Wortinterpretation war eine tendentiöse. Dem Verkaufsrecht des Vaters war schon zur Zeit der Zwölf Tafeln die öffentliche Meinung abhold, wie sich daraus ergibt, daß das Gesetz als Aeußerstes nur eine dreimalige Ausübung verstattete. In demselben Geist schränkte die Jurisprudenz die Bestimmung des Gesetzes auf den Sohn ein und ließ — und darin eben liegt der unwidersprechliche Beweis der Tendenz —

Töchter und Kinder durch einmaligen Verkauf von der Gewalt frei werden. Hätte man unbefangen verfahren wollen, so hätte der Schluß nicht so lauten dürfen: weil das Gesetz nur den Sohn nennt, so werden Töchter und Enkel durch einmaligen Verkauf frei, sondern: so ist rücksichtlich ihrer das dem Vater an sich zuständige Verkaufsrecht keiner Beschränkung unterworfen.

Auf Grund der bisherigen Ausführung wird sich die bereits früher S. 66 angedeutete Behauptung rechtfertigen, daß das Verhältniß der alten Jurisprudenz zu dem Gesetz keineswegs das einer rückhaltslosen Unterordnung unter den Buchstaben desselben war, wie das Wesen der strengen Wortinterpretation es mit sich bringt, sondern ich möchte fast sagen: ein freieres, als wir es nicht selten bei unserer heutigen Jurisprudenz wahrnehmen. Denn sie beschied sich nicht bloß auszulegen, sondern sie legte unter, sie drehte und deutete das Gesetz, wie sie es haben wollte, sie stellte sich, wenn auch der Form nach unter, doch der Sache nach über das Gesetz. Daß manche ihrer Auslegungen weder den Worten, noch dem Sinn des Gesetzes entsprachen, daß sie mit den Worten des Gesetzes hie und da geradezu ein Spiel trieb, das kann sie selbst sich unmöglich verhehlt haben. Nicht die Frage nach der Richtigkeit der Auslegung, sei es der bloßen Worte, sei es des legislativen Gedankens, entschied über die Annahme oder Verwerfung derselben, sondern die Frage von der praktischen Angemessenheit derselben. Oder hätten in der That die alten Juristen so blöde Augen gehabt, daß sie nicht gesehen haben sollten, auf wie schwachen Füßen so manche von ihren Auslegungen standen? Sie wollten es nicht sehen, es war Sache einer absichtlichen Connivenz, es bei dem, was Noth that, mit den Gründen nicht so genau zu nehmen. Das praktische Bedürfniß, das Interesse der juristischen Kunst, kurz Rücksichten, die der bloßen Auslegung als solcher fremd sind, saßen bei derselben mit zu Rathe, die Ueberzeugung von dem innern Werth der aufgestellten Ansicht beruhigte das Gewissen des Exegeten über die Schwäche der äußeren Begründung. Als

die Zeit es mit sich brachte, für die Erhaltung des Vermögens im Mannsstamm Vorsorge zu treffen, und wahrscheinlich noch bevor die lex Voconia das Beispiel zu einer Verkürzung des Erbrechts der Weiber gegeben hatte, fanden die Juristen „subtilitate quadam excogitata," wie Justinian[633]) sagt, daß das Zwölftafelgesetz das Intestaterbrecht der Weiber auf agnatische Schwestern habe einschränken wollen. Mit welcher Stirn hätte ein Jurist eine solche Behauptung vorbringen dürfen, wenn er sich nicht eben bewußt war, daß er nicht sowohl das Gesetz auszulegen, als dasselbe den Interessen und Bedürfnissen der Zeit anzupassen den Beruf habe? Mit dem Wechsel dieser Bedürfnisse wechselt auch die Interpretation. Zu einer gewissen Periode bedurfte es der Usucapion der Erbschaft, und sie war da, zu einer andern Periode war sie nicht mehr nöthig, und sie verschwand, oder, wie Gajus sagt,[634]) man hielt es jetzt nicht mehr für möglich, daß Erbschaften usucapirt werden könnten! Kurz! die ältere Interpretation war wesentlich tendentiöser Art.

Weit entfernt aber, ihr daraus einen Vorwurf zu machen, glaube ich im Gegentheil, es der alten Jurisprudenz zum Lobe anrechnen zu sollen, daß sie, anstatt sich blindlings dem Gesetz unterzuordnen, dasselbe den Bedürfnissen des Lebens und den Anforderungen der Zeit anzupassen versuchte. Sie läßt sich in dieser Beziehung als Vorgängerin des Prätors bezeichnen. Beide haben eine sehr beträchtliche rechtsbildende Thätigkeit ausgeübt und zwar nicht selten auf Kosten des gesetzlichen Rechts, während ihr Beruf nach unserer modernen engherzigen Auffassung nur darin bestanden haben würde, die Gesetze anzuwenden oder die Anwendung zu vermitteln. Aber gerade dieser Beruf gewährt die Gelegenheit, den Werth oder Unwerth der Gesetze, ihre Mängel, Lücken, ihre ursprüngliche oder erst im Lauf der Zeit ein-

633) L. 14 C. de legit. her. (6. 58).

634) Gaj. II, 54 . . postea creditum est, ipsas hereditates usucapi non posse.

getretene praktiſche Unangemeſſenheit kennen zu lernen, und ſo lange man es nicht dahin gebracht haben wird, in den mit der Rechtspflege betrauten Perſonen allen geſunden Sinn und alles Gefühl zu erſticken, wird die Oppoſition gegen ein unhaltbares Geſetz immer zuerſt gerade von denen ausgehen, die ihm am nächſten ſtehen. In der Theorie möge man dies noch ſo ſcharf verdammen, möge man dem Richter noch ſo ſehr die Pflicht einſchärfen, ſeinem Urtheil über die Unangemeſſenheit des Geſetzes keine praktiſche Folge zu geben, die Thatſache wird dadurch nicht anders: dem Verdammungsurtheil der Juriſten iſt auf die Dauer kein Geſetz gewachſen. Abſichtlich oder unabſichtlich wird die Hand des Richters läßig, der Arm der Gerechtigkeit erlahmt, und der Scharfſinn des Exegeten bietet alle Mittel auf, das Geſetz zu durchlöchern und zu unterminiren, Vorausſetzungen hineinzutragen, von denen das Geſetz nichts weiß, die Worte, je nachdem es Noth thut, im weitern oder engern Sinn zu deuten, und wie durch ſtillſchweigende Verſchwörung finden auch die erzwungenſten Deductionen Eingang und willigen Glauben — auch die Logik fügt ſich dem Intereſſe. Dieſer ſtille Krieg der Juriſten gegen das Geſetz wiederholt ſich überall, wo ein Geſetz zu einer Unmöglichkeit geworden iſt und doch von der Staatsgewalt nicht zurückgenommen wird. Es iſt die natürliche Reaction des Rechtsgefühls gegen eine eclatante Mißachtung ſeiner ſelbſt von Seiten der Geſetzgebung. Ein Beiſpiel aus neuerer Zeit bietet uns die Geſchichte der peinlichen Halsgerichtsordnung. In demſelben Maße, in dem der Widerſpruch ſtieg, den die veränderte Gefühls- und Denkweiſe einer ſpäteren Zeit gegen die Härte ihrer Strafbeſtimmungen erhob, in demſelben Maße ward die Kunſt der Interpreten erfinderiſcher, dieſe Härten zu beſeitigen, und es konnte ſich gar Einer derſelben rühmen, daß er auch nicht einen Buchſtaben mehr habe ſtehen laſſen. Betrachtet man derartige Tendenzinterpretationen, wie wir deren oben einige zur Probe angeführt haben, mit unbefangenem Auge d. h. vergißt man oder weiß man von vornherein

nicht, welche Bewandniß es mit ihnen hat, so begreift man nicht, wie sie bei ihrer völligen Unhaltbarkeit, bei ihrer offensichtlichen Gewaltsamkeit nur den geringsten Beifall haben finden, ja wie sie nur von irgend Jemand im Ernst haben aufgestellt werden können. [635])

Dies ist der maßgebende Gesichtspunkt, aus dem wir die alte Interpretation zu beurtheilen haben. Materiell war das, was sie einführte, gewiß völlig untadelhaft, durch ein gebieterisches Bedürfniß des Lebens motivirt, und in dieser Beziehung würde man sehr Unrecht thun, den Vorwurf, den Cicero [636]) den ältern Juristen machte, daß sie das alte Recht corrumpirt hätten, für einen ernstgemeinten zu halten. Der Impuls zu dieser angeblichen Cor-

635) In dieser Lage haben sich manche gelehrte Theoretiker der Neuzeit gegenüber den Interpretationen der früheren Praktiker befunden und sich nicht wenig darauf gedünkt, die Unrichtigkeit derselben aufzudecken. Verdienstlicher wäre es gewesen zu fragen, ob denn diese Vorgänger so mit Blindheit geschlagen waren, daß sie handgreifliche Unwahrheiten für wahr halten konnten. Dann wäre man wohl dem wahren Grunde auf die Spur gekommen und hätte sich nicht verleiten lassen im Widerspruch mit dem vielgepriesenen Vorbilde der römischen Juristen und der Vorschrift der L. 23 de leg. (1. 3): minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt, an Sätzen zu rütteln, welche die Praxis ihrer selbst wegen aufgestellt hat, und für die sie in den Quellen nur nach einem noch so schwachen äußeren Anhaltspunkt suchte. Dahin gehört meiner Ansicht nach z. B. die Spolienklage und das Summariissimum, deren übermüthige und doch leichtfertige und verständnißlose Abfertigung durch Savigny reichen Stoff zur Betrachtung darbietet und leider unter den durch seinen Einfluß geleiteten Theoretikern nur zu willige Nachahmung gefunden hat — je unbedeutender sie selber, desto übermüthiger regelmäßig der Ton, den sie gegen die Praxis anschlagen! Uebereinstimmend mit mir haben sich geäußert Dellbrück Die dingliche Klage des deutschen Rechts S. 88—91, Stobbe Geschichte der deutschen Rechtsquellen II, S. 122 Note 29, Bähr in meinen Jahrbüchern B. 13 S. 284.

636) In der bekannten Stelle pro Murena c. 12 . . nam quum permulta praeclare legibus essent constituta, ea jurisconsultorum ingeniis pleraque corrupta ac depravata sunt. Er selbst räumte bekanntlich später ein, daß diese Worte apud imperitos dicta gewesen seien, de finibus IV 27.

uption ging nicht von ihnen, sondern von der Nation aus, und
ätten sie selbst der Strömung der Zeit Widerstand leisten wollen,
o würde dieselbe sich doch in anderer Weise Bahn gebrochen
aben. Aber eben weil und insoweit ihre Kunst ausreichte, das
öthige zu beschaffen, bedurfte es keiner Thätigkeit der Gesetzge-
ung; letztere wird regelmäßig nur da eingegriffen haben, wo die
urisprudenz sich außer Stand sah, die erforderliche Abhülfe zu
ewähren.

So verdient denn die alte Interpretation für ihre Zeit in
er That dasselbe Prädicat, das man später dem Prätor beilegte,
as einer viva vox juris civilis, eines lebendigen Organs des
echts, nicht eines bloßen Sprachrohrs desselben. Dem Namen
ach bloße Erklärungen, schlossen ihre Auslegungen in der
hat eine wahre Umgestaltung und Weiterbildung des Gesetzes
m Geiste der Zeit in sich. So faßten auch die Römer, wenigstens
n späterer Zeit, die Sache auf, denn sie bezeichneten die älteren
uristen als veteres, qui tunc jura condiderunt,[637] und
prachen von einem eigenen Juristenrecht (jus civile im engern
Sinn).[638] So sehr man aber einerseits den materiell-pro-
uctiven Charakter dieser alten Doctrin betonen darf, so wesent-
ch gehört zu ihrer Charakteristik doch auch das andere von mir
ervorgehobene Moment, der formelle Anschluß derselben an die
orhandenen Gesetze, und auch dies wird von den Römern selber
emerkt.[639] Es ist, als ob die Jurisprudenz sich damals noch
icht, wie in späterer Zeit, getraut hätte, den schöpferischen Beruf,
n sie der Sache nach einmal hat und den sie nirgends mehr aus-
eübt als gerade in Rom, geradezu und offen in Anspruch zu
ehmen; daher stets das Bestreben nach einer Deckung durch
as Gesetz. Wäre uns eine genauere Einsicht in ihre Entwick-

637) Gaj. IV. 30.

638) L. 2 §. 5 de orig. jur. (1. 2) . . . hoc jus, quod sine scripto
nit, compositum a prudentibus.

639) So von Pomponius in der Stelle der vorigen Note, worin das
uristenrecht als Resultat der interpretatio bezeichnet wird.

lungsgeschichte verstattet, wir würden gewiß noch für manche von ihren Sätzen die Fäden finden, mit denen sie dieselben, wenn auch noch so lose und äußerlich mit dem Gesetz verknüpft hatte.

Ich habe eine Frage bis auf den Schluß verspart, weil sie, obgleich sie dem Zusammenhang nach an einen frühern Ort gehört, mir doch erst hier ihre Erledigung finden zu können scheint. Es ist nämlich die: wie betrachtete die alte Interpretation die Umgehung der Gesetze? Dem Princip der Wortinterpretation gemäß hätte sie dieselbe wie bei Rechtsgeschäften, so auch bei Gesetzen für statthaft erklären müssen. Denn die Umgehung des Gesetzes enthält ja keinen Verstoß gegen die Worte, sondern nur gegen die wirkliche Absicht des Gesetzes, [640]) mithin gegen ein Moment, das die Wortinterpretation als solche grundsätzlich ignorirt. Das positive Material, das uns zur Beantwortung dieser Frage zu Gebote steht, ist außerordentlich dürftig. Einerseits werden uns zwar Fälle der Umgehung der Gesetze aus alter Zeit berichtet, so namentlich der Zinsgesetze, [641]) der Gesetze über die Provocation, [642]) allein Versuche zur Umgehung von Gesetzen kommen jederzeit vor, es fragt sich nur, wie das Recht sie ansieht und behandelt, darüber aber versagen uns die Berichte in jenen Fällen eine bestimmte und sichere Antwort, obgleich mir durchzuschimmern scheint, daß die Versuche zur Umgehung mit Erfolg gekrönt waren, das Recht dieselben also nicht, wie in späterer Zeit, schlechthin als nichtig behandelte. Nur in einem einzigen Fall wird uns, so viel mir bekannt, eine ganz bestimmte und unzweideutige Auskunft gegeben, und hier eine andere, als wir dem obigen nach erwarten

640) S. Note 620.

641) Tacitus Ann. VI, 16: multisque plebiscitis obviam itum fraudibus, quae toties repressae miras per artes rursus oriebantur; Beispiele bei Liv. II, 31. XXXV, 7.

642) Wenigstens scheinen die Worte, mit denen Livius X, 9 die dritte Redaction desselben berichtet: legem tulit diligentius sanctam darauf hin zu deuten, daß die Nothwendigkeit einer wiederholten sorgfältigeren Redaction in der Umgehung des bisherigen Gesetzes ihren Grund hatte.

würden. Licinius Stolo, der bekannte Urheber der nach ihm benannten Rogationen, hatte sein eigenes Ackergesetz dadurch umgangen, daß er seinen Sohn emancipirt und den das gesetzliche Maß übersteigenden Theil seines Grundbesitzes auf ihn übertragen hatte; darauf hin ward er, wie Livius [643]) berichtet, nach seinem eigenen Gesetz verurtheilt: „quod emancipando filium fraudem legi fecisset.“ Die Glaubwürdigkeit dieses Zeugnisses läßt sich nicht in Zweifel ziehen, allein es würde meiner Meinung nach übereilt sein, darin die endgültige Beantwortung der obigen Frage zu erblicken. Denn der Richter, der den Licinius verurtheilte, war das Volk, [644]) und wenn man weiß, wie dasselbe bei Ausübung seiner Strafgerichtsbarkeit verfuhr (S. 46), wird man schwerlich den Schluß von ihm auf den gewöhnlichen Richter für einen zwingenden halten. Jedenfalls verdient gegenüber diesem einzigen Zeugniß auf der andern Seite in die Wagschale geworfen zu werden, daß unter den Scheingeschäften des ältern Rechts nicht wenige sich befanden, die geradezu eine Umgehung gesetzlicher Bestimmungen enthielten, [645]) so wie daß die Gesetzgebung selber in Fällen, wo sie sich scheute, ein früheres Gesetz direct und ausdrücklich aufzuheben, dasselbe umging. [646]) In einer Zeit, welche die Umgehung des Gesetzes mit unsern heutigen oder mit den Augen der späteren römischen Juristen angesehen hätte, wäre beides nicht möglich gewesen. Vielleicht verhält es sich mit dieser Frage, wie mit der Wortinterpretation der Gesetze überhaupt,

643) Liv. VII, 16.

644) Die Uebertreter des Gesetzes wurden von den Aedilen vor dem Volk auf eine Geldstrafe belangt. So z. B. Liv. X, 13.

645) Cic. pro Murena c. 12. Nam quum permulta praeclare legibus essent constituta, ea jureconsultorum ingeniis pleraque corrupta ac depravata sunt.

646) Das Hauptbeispiel gewährt die lex Furia über die Höhe der Legate; das Gesetz hob den Satz der XII Tafeln: uti legassit, ita jus esto rücksichtlich des von ihm vorgeschriebenen Betrages der Legate nicht auf, aber es umging ihn, indem es den Legatar, der einen höheren Betrag annahm, mit der Strafe des Vierfachen belegte, B. 3 §. 52 (S. 109).

d. h. die Jurisprudenz erkannte die Berechtigung der Umgehung des Gesetzes im Princip an, wie sie denn ja selber bei ihren Scheingeschäften auf diesem Fundamente stand, wußte aber nichts desto weniger im einzelnen Fall, wo die Verstattung des Umweges dem Rechtsgefühl oder höheren Interessen widerstrebte, irgend ein künstliches Mittel zu finden, um ihn zu verschließen.

III. Der Formalismus.

1. Wesen und praktische Bedeutung desselben.

Begriff des formellen und formlosen Geschäfts — Kritik des Formalismus vom praktischen und ethischen Standpunkt — allgemeine und besondere Vortheile und Nachtheile der Form — wechselndes Verhältniß beider.

XLV. Von allen Charakterzügen des älteren Rechts drängt sich kein anderer in dem Maße sofort auch der oberflächlichsten Betrachtung auf als der demselben eigenthümliche Formalismus, es ist der erste Eindruck, dessen wir uns bei einer Beschäftigung mit demselben bewußt werden. Liegt dies an uns, an unserm einer solchen Erscheinung im heutigen Recht minder gewohnten und darum besonders dafür empfänglichen Auge? Gewiß nicht! Sondern dieser Charakterzug ist in Wirklichkeit der am schärfsten ausgeprägte, am consequentesten durchgeführte; selbst der Gedanke der Freiheit, der ihm im übrigen am nächsten kommt, und der wie er das ganze Recht, das öffentliche wie das Privatrecht beherrscht, selbst er kann sich nicht mit ihm messen. Kein materielles Princip verstattete eine so rücksichtslose, uneingeschränkte Durchführung, wie das der Form, kein Element des alten Rechts hat sich so lange erhalten; die römischen Formen haben die römische Freiheit überlebt.

Es ist ein eigenthümliches Verhältniß, welches gerade zwischen diesen beiden Fundamentalgedanken des römischen Rechts, der Form und der Freiheit, obwaltet. Scheinbar sich wider-

ſprechend — denn der höchſten Freiheit des materiellen Wollens, welche der eine gewährt, ſetzt der andere die äußerſte Gebundenheit in formeller Beziehung entgegen — ſcheinbar ſich widerſprechend, verrathen ſie doch durch den Parallelismus ihrer Entwicklungslinien, daß ſie ſich gegenſeitig bedingen und durch eine geheime Wechſelbeziehung aufs engſte aneinander gekettet ſind. Die Blüthezeit der Freiheit iſt zugleich die Periode der peinlichſten Strenge in der Form, dem allmähligen Verfall jener entſpricht das Nachlaſſen der Strenge dieſer, und als jene völlig gebrochen und unter dem fortgeſetzten Druck des Cäſaren-Regiments den letzten Reſt deſſen, was noch an alter Kraft in ihr war, ausgeathmet hatte, folgten auch die Formen und Formeln des alten Rechts ihr nach; und würde es nicht ſchon an ſich zum Nachdenken auffordern, daß ihre Beſeitigung gerade in eine Zeit fällt, wo ſich das ſouveräne Belieben unverhüllt und offen als oberſtes ſtaatsrechtliches Princip auf den Thron geſetzt hatte — die Zeit der byzantiniſchen Kaiſer, die Leichenrede, mit der letztere dieſelben begleiteten, die Abneigung und Geringſchätzung gegen ſie, die ſie darin kundgeben, [647]) müßte uns über das Verhältniß zwiſchen der Freiheit und der Form die Augen öffnen. Die Form iſt die geſchworene Feindin der Willkür, die Zwillingsſchweſter der Freiheit. Denn die Form hält dem Verſucher, der die Freiheit zur Zügelloſigkeit zu verleiten ſucht, das Gegengewicht, ſie lenkt die Freiheitsſubſtanz in feſte Bahnen, daß ſie ſich nicht zerſtreue, verlaufe, ſie kräftigt ſie nach innen, ſchützt ſie nach außen. Feſte Formen ſind die Schule der Zucht und Ordnung und damit der Freiheit ſelber und eine Schutzmauer gegen äußere Angriffe, — ſie laſſen ſich nur brechen, nicht

647) L. 1 Cod. de form. subl. (2. 58) (342) juris formulae aucupatione syllabarum insidiantes . . L. 15 Cod. de testam. (6. 23) (339) quoniam indignum est ob inanem observationem . . . L. 9 Cod. qui admitti ad B. P. p. (6. 9): Verborum inanium excludimus captiones. L. 17 Cod. de jure delib. (6. 30) (407) cretionum scrupulosam solennitatem hac lege penitus amputari decernimus.

biegen — und wo ein Volk sich wahrhaft auf den Dienst der Freiheit verstand, da hat es instinctiv auch den Werth der Form herausgefühlt und geahnet, daß es in seinen Formen nicht etwas rein Aeußerliches besitze und festhalte, sondern das *Palladium seiner Freiheit*.

Schon diese erste Beobachtung, die wir unserm Gegenstande entnehmen, muß uns lehren, daß wir es hier nicht mit einer rein äußerlichen Erscheinung, sondern mit einem Gegenstand von tief innerlicher Bedeutung zu thun haben. Hätte die Rechtsphilosophie oder die positiv-romanistische Jurisprudenz, die beide die dringendste Veranlassung hatten, diese Bedeutung festzustellen, sich der Aufgabe unterzogen, ich würde nicht nöthig haben, mir auch hier wieder durch eine Untersuchung allgemeinerer Art den Weg zur historischen Darstellung zu bahnen. Allein der Rechtsphilosophie scheint die Frage zu speciell und stofflich, der positiven Jurisprudenz umgekehrt zu abstract,[648] gewesen zu sein, und so bleibt mir nichts übrig, als meinerseits sie zu behandeln.

Der Gegensatz von Inhalt und Form wird wie von den Dingen der äußern Natur, so auch von denen des Geistes gebraucht, wir sprechen von den Formen der Gefühle, des Gedankens, des Willens u. s. w. und verstehen darunter die Mittel, in denen die inneren Vorgänge, Ideen, Empfindungen, Entschlüsse u. s. w. Ausdruck und äußere Existenz gewinnen. In beiden Anwendungen aber hat der Gegensatz keine *reale* Existenz, er ist nichts als eine Abstraction; unter Form verstehen wir den Inhalt

---

648) Der einzige, der sie meines Wissens berührt und, wie nicht anders zu erwarten, in beachtenswerther Weise, ist *Savigny* System III S. 238 und Oblig. R. II 218. Erst nach Abschluß der folgenden Darstellung (Aufl. 1, 1858) ist mir eine eigne Schrift über den Gegenstand: *von Bölderndorf*, Die Form der Rechtsgeschäfte u. s. w., Nördlingen 1857, zugegangen; sie hat mir keinen Anlaß gegeben, an meiner Darstellung irgend etwas zu ändern.

von Seiten seiner Sichtbarkeit. Eben darum aber setzt die Form stets den Inhalt voraus; es gibt weder einen Inhalt ohne Form, noch eine Form ohne Inhalt. Der Schein des Gegentheils hängt mit dem Wechsel der Form zusammen; der schließlichen Form, die wir dem Inhalt entgegenstellen, geht nicht ein Inhalt ohne Form, sondern ein Inhalt in anderer, unvollkommener Form voraus.

In dieser Weise verhält es sich mit dem Gegensatz auch bei dem Gegenstand unserer Betrachtung, dem rechtlichen Willen. Die Annahme desselben ist bedingt durch seine Erkennbarkeit, letztere durch seine Aeußerung. In diesem Sinn gibt es also keinen formlosen Willensakt — ein Wille ohne Form wäre gleich dem Lichtenbergschen Messer ohne Klinge, dem der Stiel fehlt. Wenn wir nichts desto weniger von formlosen Willenserklärungen reden, so liegt auf der Hand, daß der Ausdruck Form hier eine andere und zwar engere Bedeutung haben muß. Damit aber hat es folgende Bewandniß.

Das Recht kann dem Willen rücksichtlich der Mittel seiner Aeußerung im Rechtsgeschäft[649]) entweder völlige Freiheit lassen, so daß also jedwedes Mittel, sei es das Wort, die Handlung, das Zeichen und unter Umständen selbst das Schweigen, insofern nur der bestimmte Willensinhalt daraus mit Sicherheit entnommen werden kann, zur Hervorbringung der beabsichtigten Wirkung ausreicht, oder aber es kann ihn in der Wahl dieser Mittel beschränken und zwar entweder so, daß es die Erreichung des beabsichtigten Zwecks an die Benutzung einer bestimmten Aeußerungsform knüpft, so daß also im Unterlassungsfall entweder gar keine Wirkung (Strafe der Nichtigkeit) oder nicht die volle Wirkung[650]) eintritt, oder aber in der Weise, daß die Nicht-

649) Daß und warum der folgende Gegensatz nur bei Rechtsgeschäften, nicht auch bei Delicten Anwendung leidet, bedarf keiner Ausführung.

650) Man vergleiche z. B. das pignus publicum und privatum des neuern römischen Rechts, im deutschen Recht den Gegensatz der läugenbaren und unläugenbaren Schuld s. u.

beachtung der Form, ohne das Rechtsgeschäft selbst in irgend einer Weise zu afficiren, für den Urheber desselben eine von letzterem völlig unabhängige Strafe z. B. eine fiscalische Geldstrafe[651]) nach sich zieht. Nur die in der ersten Weise postulirten Formen sind es, die den Begriff des formellen Rechtsgeschäfts constituiren. Bei der zweiten Art erscheint das Rechtsgeschäft lediglich als äußere Veranlassung zur Vornahme einer anderen bedingungsweise vorgeschriebenen Handlung.[652]) Das formelle Rechtsgeschäft läßt sich mithin definiren als dasjenige, bei dem sich die Nichtbeachtung der rechtlich erforderlichen Form der Willensäußerung im Rechtsgeschäft selbst rächt.[652a]) Requisite des Rechtsgeschäfts, die sich nicht auf die Form der Willensäußerung beziehen, gehören gar nicht hieher.

Jede Formvorschrift enthält eine Beschränkung des Willens in der Wahl seiner Ausdrucksmittel, aber nicht jede derartige Beschränkung macht das Geschäft, für welches sie aufgestellt ist, zu einem formellen. Die Beschränkung kann eine negative oder positive sein. Ersteres, wenn nur ein gewisses Aeußerungsmittel (z. B. die stillschweigende Erklärung) oder der Abschluß an einem gewissen Ort, zu einer gewissen Zeit gesetzlich ausgeschlossen ist,

651) In dieser Weise hat man hie und da das Gebot der Zuziehung von Stempelpapier gesichert. Mit dem obigen Gegensatz hängt, insoweit es sich dabei um Beachtung einer Form handelt, der der leges perfectae und minus quam perfectae zusammen.

652) Der Miethcontract mit dem Gesinde ist in unserm heutigen Recht durch das vielfach vorkommende Gebot polizeilicher Anmeldung des Gesindes kein formeller geworden.

652a) Wenn Puchta Pandekten §. 250 innerhalb dieses Begriffs noch zwischen mangelnder Gültigkeit und mangelnder Klagbarkeit unterscheiden will, so ist dies eine in jeder Weise unglückliche Idee, die man sich bloß die Mühe zu nehmen braucht im Einzelnen weiter durchzuführen, um sie als völlig unhaltbar zu erkennen. Was ihr zu Grunde liegt, ist ein Gegensatz in den römischen Formen, für den wir später den richtigen Ausdruck finden werden, nämlich der der naiven (volksthümlichen, gewohnheitsrechtlichen) und tendentiösen (durch Gesetz eingeführten).

letzteres, wenn die Aeußerungsform positiv fixirt ist.[653]) Dort dürfen wir von „Formbeschränkungen", nicht aber von einem formellen Geschäft reden, denn die von dem Handelnden beliebte Form ist trotz der Beschränkung in der Wahl nichts desto weniger ein Werk der Wahl gewesen, sie hat alle Eigenschaften der freien oder individuellen Form, von denen sogleich die Rede sein wird, während das formelle Geschäft, soweit die Formvorschrift reicht, jede Wahl und Freiheit ausschließt.

Demzufolge würde sich der Begriff des formlosen Rechtsgeschäfts als mehr oder minder freie Selbstbestimmung des Willens rücksichtlich der Form seiner Aeußerung definiren lassen, und wir könnten demgemäß den Gegensatz der Formlosigkeit und des Formalismus als den der freien und unfreien Form bezeichnen. Dies Moment der Freiheit ist das allein entscheidende. Darum also begründen Formen, die auf freier Wahl der Partheien beruhen z. B. die Zuziehung von Zeugen, die schriftliche Aufzeichnung des Contracts kein formelles Geschäft, selbst dann nicht, wenn sie noch so feierlich und noch so allgemein üblich sind, ohne aber rechtlich nothwendig zu sein. Nicht das äußere Gepränge, sondern der innere juristische Charakter der Form d. h. ihre rechtliche Nothwendigkeit ist das Entscheidende. Mündlicher Abschluß eines Vertrags ist an sich nichts Solennes, allein wo er gesetzlich vorgeschrieben, ist der Vertrag ein formeller. Ebenso die Zuziehung von Zeugen. Nicht minder gleichgültig für den Begriff des formellen Geschäfts ist das legislative Motiv der Form. Der Zweck, den das Gesetz im Auge hatte, kann ein mannigfaltiger sein z. B. Sicherstellung des Beweises, Ausschließung von Uebereilungen, Uebervortheilungen u. s. w. Ob dieser Zweck durch die Form wirklich erreicht wird, ob er auch auf andere Weise erreichbar ist, und ob die Partei ihn auf andere Weise wirklich erreicht hat, relevirt nichts;

653) Diese Fixirung kann auch lediglich den Ort (z. B. vor Gericht, auf der Börse) und denkbarerweise könnte sie auch die Zeit betreffen.

der Gesetzgeber hat einmal die Sorge für die Erreichung dieses Zweckes nicht der Einsicht und dem freien Entschluß der Partei überlassen wollen, sondern er hat die Sache selber in die Hand genommen und den ihm gut scheinenden Weg zur Erreichung desselben zum *ausschließlichen*, *nothwendigen* erhoben.

Diese Nothwendigkeit und Ausschließlichkeit, welche das Wesen der unfreien Form ausmacht, ist aber eine *äußere*, *positive*, jede derartige Form ist also in diesem Sinn etwas Zufälliges, Willkürliches, so sehr sie im übrigen auch das Product einer gesunden und naturgemäßen historischen Entwicklung sein mag. Darum also ist die Tradition, Occupation, kurz die Apprehension des Besitzes kein formeller Act, denn die Nothwendigkeit derselben ist eine *innere*, sie liegt in dem Zustand, den sie begründen soll, die Tradition verhält sich zum Besitz kaum anders als die Geburt zum Leben. Dies Moment der *Positivität* der Form im Gegensatz zu der Allgemeingültigkeit, logischen Selbstverständlichkeit des Grundsatzes der Ungebundenheit des Willens in Bezug auf seine Form ist auch den römischen Juristen nicht entgangen, wie seiner Zeit (drittes System) bei dem Gegensatz des jus civile und jus gentium nachgewiesen werden wird.

Der bisher entwickelte Gegensatz der Freiheit und Unfreiheit rücksichtlich der Aeußerungsform des Willens fällt zusammen mit dem der *individuellen* und *abstracten* Form. Die freie Form ist zugleich eine *individuelle*, denn sie geht ganz auf in diesem bestimmten Rechtsgeschäft, sie entsteht und vergeht mit ihm, ja sie ist im Grunde nichts als dieser bestimmte concrete Inhalt von Seiten seiner Sichtbarkeit. Die unfreie Form hingegen ist zugleich eine *abstracte*, *stereotype*. Denn wenn sie gleich nur an und in dem concreten Rechtsgeschäft zur *Erscheinung* gelangt, so hat sie doch andererseits eine davon unabhängige (*abstracte*) Existenz, sie geht nicht hervor aus und fällt nicht zusammen mit diesem einzelnen Rechtsgeschäft, sondern sie tritt von außen als etwas Fremdes, bereits Vorhandenes, Gegebenes, Selbständiges mit dem Anspruch auf unbedingte Beachtung an

das Rechtsgeschäft heran, die Bildung des letzteren erfolgt durch eine Combination zweier separater Elemente: des concreten Inhalts und der ein für alle Male bestimmten Form. So erklärt sich der obige engere Sprachgebrauch rücksichtlich des Ausdrucks Form, demzufolge die Rechtsgeschäfte mit freier Form als „formlose" gelten. Bei letzteren nämlich, bei denen die Form ganz dem Willen anheim gegeben ist, [654]) gelangt die Form nicht zur eigenen selbständigen Existenz, sie ist ein bloßes Accidens des Inhalts, bei den formellen Geschäften hingegen ist die Form in der That zum Range einer eigenen juristischen Größe, zur selbständigen Existenz erhoben. So läßt sich also der Gegensatz der formlosen und formellen Geschäfte oder, um hier gleich den Ausdruck einzuführen, mit dem ich ihn fortan bezeichnen werde, der Gegensatz der Formlosigkeit und des Formalismus, auf jenen allgemeinen Gegensatz des Individualismus und der abstracten Gleichheit zurückführen, der sich uns bereits verschiedentlich als einer der Angelpunkte des älteren und neueren römischen Rechts bewährt hat (S. 94 fl., S. 112 fl., S. 447).

Erscheint nun dem bisherigen nach das Princip der Formlosigkeit vom aprioristischen Standpunkt aus als das normale, weil dem natürlichen Verhältniß zwischen Form und Inhalt entsprechende, das des Formalismus aber wegen seiner Abweichung von demselben als das irreguläre, so möchte man erwarten, daß sich dieses Verhältniß beider auch in ihrem geschäftlichen Auftreten bewähre, d. h. daß ersteres die Regel, letzteres die Ausnahme bilde. Diese Annahme trifft in der That für unser heutiges gemeines Recht zu, nichts desto weniger aber ist sie falsch. Ueberhaupt straft die Geschichte unsere Erwartung hier in jeder Weise Lügen. Würde uns gesagt, daß von den drei Möglichkeiten, wie das positive Recht sich zu unserm Gegensatz verhalten kann: der

654) Daher bezeichnen die Römer das Princip der Formlosigkeit mit Recht als Princip des nackten Willens, nuda voluntas im Gegensatz zum rigor juris civilis z. B. Ulp. XXV, 1. L. 18 de leg. III (32).

Combination beider Principien, der ausschließlichen Herrschaft der Formlosigkeit und der ausschließlichen Herrschaft des Formalismus nur zwei historisch sich realisirt hätten, so würde ohne Zweifel Jeder auf die beiden ersten rathen und sicherlich ebensosehr darüber frappirt sein, der dritten Möglichkeit zu begegnen als die zweite nirgends anzutreffen. Es ergibt sich daraus die Lehre: mit der Formlosigkeit *allein* kann das Recht nicht bestehen, mit dem Formalismus wohl; dasselbe erträgt eher das äußerste Uebermaß als den gänzlichen Mangel der Form.

Diese Hinneigung des Rechts zur Form läßt auf ein inneres Bedürfniß oder auf eine eigenthümliche den Zwecken des Rechts entsprechende Brauchbarkeit der Form schließen. So richtig dieser Schluß ist, so sehr muß ich doch dagegen warnen, den Grund des historischen Auftretens des Formalismus lediglich in seinen *praktischen* Vortheilen zu finden. Um die Irrigkeit dieser Ansicht darzuthun, wird es gerathen sein, bei der folgenden Untersuchung zwei Fragen streng von einander zu trennen: die von dem *praktischen Werth des Formalismus* und die von den *Ursachen seines historischen Auftretens*.

Praktischer Werth des Formalismus.

Wenn irgendwo das abstractphilosophische Urtheil über Dinge des Rechts Gefahr läuft fehl zu greifen, so möchte der Formalismus vor allem diese Gefahr in sich schließen. [654a]) Der Philosoph vom Fach, der von den eigenthümlichen technischen Interessen und Bedürfnissen des Rechts keine Vorstellung hat, kann in dem Formalismus nichts anders erblicken als einen Ausfluß der sinnlichen Anschauungsweise, die Präponderanz eines rein äußerlichen Moments über das innere, eine positive Störung des Verhältnisses zwischen Form und Inhalt. Gerade ihm bei seinem auf das Innere der Dinge gerichteten Blick muß diese

654a) Einen Beleg dazu s. bei *Hegel* Rechtsphilosophie §. 217.

Ueberhebung der dürren, nackten Form, dieſer ängſtliche, pedantiſche Cultus des an ſich völlig werth- und bedeutungsloſen Zeichens, die Dürftigkeit und Kümmerlichkeit des das ganze Formenweſen beſeelenden und in ihm ſich breit machenden Geiſtes — gerade ihm alſo, ſage ich, muß dies ganze Weſen einen recht unerquicklichen und abſtoßenden Eindruck machen. Und in der That, wir müſſen zugeſtehen, dieſer Beſtandtheil unſerer juriſtiſchen Technik hat für den Unkundigen durchaus nichts Achtung Erweckendes, und vielleicht iſt hierin der Grund zu ſuchen, daß die Rechtsphiloſophie von demſelben bisher kaum Notiz genommen hat. Und doch handelt es ſich dabei um eine Erſcheinung, die, eben weil ſie im innerſten Weſen des Rechts begründet iſt, ſich im Recht aller Völker wiederholt und ſtets wiederholen wird.[654b])

Um ſie richtig zu würdigen, muß man die allgemeine, ſoll ich ſagen culturhiſtoriſche oder philoſophiſche? mit der juriſtiſch-praktiſchen Auffaſſung verbinden. Erſtere wird in §. 45[a], letztere hier ihren Platz finden. Wir werden zu dem Ende hier zunächſt die in der Ueberſchrift bezeichnete Frage von dem praktiſch-juri-

654b) Für dieſe Bemerkung hat die neuere Literatur ſeit dem Erſcheinen der erſten Auflage zwei höchſt beachtenswerthe Belege in Bezug auf den ältern deutſchen und ältern franzöſiſchen Proceß gebracht, nämlich Siegel „die Gefahr vor Gericht und im Rechtsgange“ (Sitzungsberichte der Wiener Akademie B. 51 S. 21 fl.) u. Brunner, Wort und Form im altfranzöſiſchen Prozeß (daſelbſt B. 57 S. 655 fl.) beide auch in Separatabdrücken erſchienen und beide nach Form und Inhalt gleich vorzüglich. Wie ſehr das Urtheil der Juriſten über die obige Erſcheinung nicht ſelten in die Irre gegangen iſt, zeigt das Beiſpiel von Heineccius, anerkannter Weiſe einem der gründlichſten und gewiegteſten Rechtshiſtoriker des vorigen Jahrhunderts. Derſelbe führt in ſeinen Antiq. jur. Rom. III, 14 die Einführung der römiſchen Vertragsformen auf den Eigennutz der Patricier zurück: „patricii quorum intererat plebem litibus quam plurimis implicari, a naturali simplicitate (der Formloſigkeit) desciverant“! Auch noch in unſerer Zeit hat man es für nöthig gehalten, den Urſprung der Formeln des älteſten römiſchen Prozeſſes der Religion (ſ. §. 47) zu entlehnen, gleich als ob dem Recht die Form etwas Fremdes wäre, das erſt von außen hätte importirt werden müſſen! Angeſichts ſolcher Verirrungen wird die Nothwendigkeit der folgenden Unterſuchung keiner Rechtfertigung bedürfen.

ſtiſchen Werth des Formalismus zu erörtern und zu dem Zweck die Vortheile und Nachtheile deſſelben gegen einander abzuwägen haben.

4. Die Nachtheile der Form.

Ich beginne mit ihnen, weil ſie ſich der unbefangenen Auffaſſung zuerſt und ungeſucht aufdrängen, während die Vortheile erſt des abſichtlichen Suchens und — muß ich hinzuſetzen — um ſie zu finden, des juriſtiſchen Auges bedürfen. Es verhält ſich mit dem Formalismus wie mit ſo manchen andern Einrichtungen — das Drückende derſelben fühlt Jeder, das Wohlthätige Niemand, weil letzteres nur negativer Art iſt d. h. darin beſteht, daß ſie Uebel abwenden. Ein einziger Fall, in dem die Uebelſtände der Form in eclatanter Weiſe an die Oeffentlichkeit treten, wie wenn z. B. ein Teſtament wegen eines Formfehlers für nichtig erklärt wird, oder ein Proceß wegen Verſäumniß der Form verloren geht, macht mehr von ſich reden als die tauſende von Fällen, in denen der Verlauf der Sache ein normaler war, und die Form ihre wohlthätige Beſtimmung erfüllte. Kein Wunder, daß das Urtheil des Unkundigen ſich dem Formalismus ſo abgeneigt erweiſt.

Die Nachtheile der Form laſſen ſich auf zwei Eigenſchaften zurückführen: ihre Gefährlichkeit und Unbequemlichkeit. Beide ſind mit der Form als ſolcher, wie verſchieden dieſelbe im übrigen auch geſtaltet ſein möge, unzertrennlich verbunden; die Verſchiedenheit der Geſtaltung der Form verringert oder erhöht nur das Maß der Wirkſamkeit beider.

Die Gefährlichkeit der Form beruht auf der Möglichkeit und den nachtheiligen Folgen des Formfehlers. Die Form erhebt den Anſpruch einer genauen Kenntniß ihrer ſelbſt und belegt die Unkenntniß, Unachtſamkeit, Ungeſchicklichkeit, den Leichtſinn mit empfindlicher Strafe. Das materielle Recht verlangt dieſe Eigenſchaften in ungleich geringerem Grade. Einen formloſen Contract abſchließen kann Jemand, auch wenn er die Rechts-

grundsätze, die bei ihm zur Anwendung gelangen, nicht kennt, in den Worten sich vergreift; das Recht und der Richter kommen ihm zu Hülfe. Aber einen formellen Contract kann nur derjenige abschließen, der die Form weiß und zu handhaben versteht, der etwaige Mangel derselben wird nicht supplirt. Darum ist die Lage eines Unkundigen oder Unvorsichtigen innerhalb eines formellen Rechts eine ungleich ungünstigere als innerhalb eines formlosen. Im verstärkten Maße gilt dies da, wo er einem Kundigen gegenüber steht, der sich seine Unkenntniß oder Arglosigkeit zu Nutze machen will. Der ehrliche, aber geschäftsunkundige Mann ist gegenüber dem geriebenen und gewissenlosen Geschäftsmann in einem formellen Recht ungleich mehr im Nachtheil als in einem formlosen, denn wer die Form zu handhaben versteht, dreht dem Arglosen einen Strick daraus, und vorzugsweise für ein formelles Recht gilt der bekannte Ausspruch:[655]) jura vigilantibus scripta sunt.

Die Momente, nach denen sich der Grad der Gefährlichkeit der Form bestimmt, liegen theils in, theils außer ihr. Für letztere wird sich mir unten eine passendere Gelegenheit bieten, ich beschränke mich hier auf erstere. Es sind ihrer drei, die ich der Kürze wegen bezeichnen will als das quantitative, das morphologische und das principielle Moment d. h. es sind maßgebend die Zahl der Formen, ihr äußerer Zuschnitt und der principielle Charakter der Bestimmungen in Bezug auf ihre Nothwendigkeit.

Rücksichtlich der Bedeutung des quantitativen Moments für die Leichtigkeit der Handhabung der Form darf ich auf Früheres (S. 329) Bezug nehmen. Je kleiner die Zahl der Formen, je mehr einige wenige Grundformen durch das ganze Recht hindurch gehen, um so leichter die Kenntniß und Anwendung derselben, um so geringer die Gefährlichkeit ihres Gebrauchs.

Unter dem morphologischen Moment der Form ver-

655) L. 24 i. f. quae in fraud. (42. 8).

ſtehe ich die Geſtaltung, Zuſammenſetzung, den Zuſchnitt der Form, ob ſie einfach oder complicirt, leicht, bequem oder ſchwerfällig iſt, ob ſie lediglich eine Thätigkeit der Partei oder auch die Mitwirkung anderer Perſonen z. B. der Obrigkeit, der Zeugen erfordert, ob ſie im Sprechen, Schreiben, Handeln beſteht, kurz die Elemente, aus denen die Form gebildet worden iſt, und die Art, wie ſie es iſt. Einige Beiſpiele ſollen den Einfluß dieſes Moments veranſchaulichen.

Vergleichen wir die Form des römiſchen Teſtaments mit der der Stipulation. Erſtere war weit complicirter als letztere, eben darum aber die Gefahr eines Formfehlers bei ihr ungleich höher als bei dieſer. Aus je mehr Stücken eine Form zuſammengeſetzt iſt, um ſo mehr Quellen von Formfehlern ſchließt ſie in ſich. Für die Stipulation war lediglich maßgebend das eine Stück derſelben: die vorherige Frage des Gläubigers; die Antwort des Schuldners, mochte ſie in wörtlicher Wiederholung der Form oder im bloßen spondeo beſtehen, hatte keine Schwierigkeit. Die Teſtamentsform hingegen erforderte Rogation der Zeugen, die familiae emtio, die nuncupatio, die Anwendung der richtigen Formeln für die einzelnen Beſtimmungen, die richtige Reihenfolge der letzteren, die unitas actus. Ein unfähiger Zeuge unter ſieben, ein Mißgriff in der Formel der Erbeseinſetzung, und das ganze Teſtament mit allen ſeinen Anordnungen war hinfällig. Bei der Stipulation genügte jede Art der Wortfaſſung, wenn ſie nur die Form der Frage an ſich trug, und nur für gewiſſe Zwecke bedurfte es eines beſtimmten Schlagwortes (spondeo, fidejubeo, fidepromitto u. a.).

Ein anderes ganz inſtructives Beiſpiel gewährt der Vergleich des Legisactionenproceſſes mit dem Formularproceß. Erſterer war ungleich gefährlicher als letzterer, und gerade dieſer Umſtand ſoll, wie Gajus[656]) uns berichtet, ſeinen Untergang herbeigeführt haben. Auch im Formularproceß blieb, wie es einmal im Weſen

656) Gaj. IV §. 30.

der Form begründet ist, ein Mißgriff in der Form nicht ohne nachtheilige Folgen, allein der Zuschnitt dieser Proceßform machte die Gefahr eines Formfehlers ungleich geringer. Denn im ältern Proceß war die Form gesprochen, im neuern geschrieben — man verspricht sich aber leichter, als man sich verschreibt; und sodann fiel das Sprechen dort der Partei, das Schreiben hier dem Prätor zu — eine Verschiedenheit, deren Bedeutsamkeit für unsern Gesichtspunkt ich nicht weiter auszuführen brauche. Dann endlich waren die Formeln dort bis ins Kleinste hinein unabänderlich fixirt — auch das Auslassen oder Vertauschen eines völlig gleichgültigen Wortes enthielt einen Formfehler — hier hingegen waren sie elastisch, und nur die wirklich entscheidenden Worte gaben den Ausschlag.

Die Bedeutung des dritten obigen Moments: des principiellen, hoffe ich dem Leser am leichtesten zu veranschaulichen, indem ich ihm ein Beispiel aus einem neuern Gesetzbuch mittheile. Die Bestimmungen des preußischen Landrechts über die schriftliche Abfassung der Verträge[657]) gewähren ein Muster dafür, wie derartige Bestimmungen nicht sein sollen. Das Gesetz erfordert diese Form bei allen Verträgen, deren Gegenstand über 50 Thaler beträgt, durchbricht jedoch die Regel nach zwei Seiten hin, denn einmal soll es in fünf Fällen der Form schlechthin nicht, andererseits aber umgekehrt in zwölf Fällen derselben selbst dann bedürfen, wenn das Object jene Summe nicht erreicht, welche Anordnung aber zum Theil wiederum verschiedene Modificationen und Restrictionen erleidet.[658]) Schon das bloße Behalten dieser

657) Die Belege zu dem Folgenden s. bei Bornemann Erörterungen im Gebiet des preuß. Rechts Heft 1. Berlin 1855. S. 144 fl. Auch das englische Recht würde sich haben benutzen lassen, man sehe z. B. Gundermann, Engl. Privatrecht I S. 226, 227, 230, 240, 242, 270.

658) S. folgende Beispiele bei Bornemann S. 168: „Die Realverträge über bewegliche Sachen bedürfen keiner schriftlichen Form, wenn nur das Rechtsverhältniß, welches nach den Gesetzen durch das Hingeben der Sache begründet wird, eintreten soll; Verabredungen über Nebenverpflichtungen müssen dagegen schriftlich festgestellt werden." S. 151: „Verträge,

Bestimmungen würde eine Gedächtnißanstrengung erfordern, die man kaum von einem Andern als dem Juristen erwarten kann, und ich würde unbedenklich dies Thema zu den schweißtreibenden Fragen des juristischen Examens zählen. Und dieses wüste Conglomerat zusammenhangs- und principloser Verordnungen soll der Bürger und Bauer zum jederzeitigen Gebrauch bei der Hand haben? Fürs Volk eine Regel, die nach der einen Seite ein Dutzend, nach der andern beinah ein halbes Dutzend Ausnahmen erleidet? Und nun gar die Schwierigkeiten, die mit der Anwendung dieser Bestimmungen verbunden sind. Man muß erst taxiren, ob die Sache über oder unter 50 Thaler werth ist, man muß wissen, ob die bei einem Realcontract beliebten Bestimmungen eine Abweichung von dem gesetzlichen Typus des Geschäfts enthalten oder nicht, was unter „Hausofficianten" zu verstehen ist (Gouvernante, Gesellschafterin, Inspector, Hausarzt?), was unter „gewagten Geschäften" u. s. w. Derartige Bestimmungen sind Fallstricke und Fußangeln, vom Gesetzgeber dem Verkehr gelegt, ungesunde Producte der Studierstube, die dem Volk ewig fremd bleiben werden. Denn ins Volk bringt nur, was aus dem Volk hätte hervorgehen können.

---

wodurch Jemand zu fortdauernden oder auf unbestimmte Zeit versprochenen wiederkehrenden persönlichen Leistungen verpflichtet wird, bedürfen schlechthin der Form, jedoch sind ausgenommen die Miethverträge mit gemeinem Gesinde, bei welchem das Nehmen und Geben des Miethgeldes die Stelle des schriftlichen Vertrags vertritt. Dagegen müssen Miethverträge mit Hausofficianten immer schriftlich errichtet werden." S. 160: 7. „Pachtverträge über Landgüter. Ist der Pachtvertrag bloß mündlich geschlossen, so gilt er nur auf ein Jahr. 9. Verlagsverträge. Ist der Vertrag nicht schriftlich errichtet, die Handschrift jedoch vom Schriftsteller abgeliefert worden, so gilt die mündliche Verabredung zwar in Ansehung des Honorars, in allen übrigen Stücken aber sind die Verhältnisse beider Theile lediglich nach den gesetzlichen Vorschriften zu beurtheilen." Siehe noch Fall 10 und 12 bei Bornemann S. 160, 161. Schenkungen endlich bedürfen noch einer besondern Form, der gerichtlichen Abschließung. Ein solches völlig principloses Schwanken und Schaukeln zwischen Form und Formlosigkeit ist geeignet, das Gefühl des Schwindels und der Seekrankheit zu erregen.

Es wird jetzt ein Leichtes sein, auf Grund dieser Exemplification den Begriff unseres dritten Moments zu bestimmen. Dasselbe betrifft die innere Gestaltung des Formenwesens, die Frage nämlich, inwieweit die Bestimmungen über die Nothwendigkeit der Form principieller oder casuistischer und sporadischer Natur sind, ob sie den Charakter der Einheit und Consequenz oder den der Zerrissenheit und Willkür an sich tragen. Die höchste Entfaltung dieses und zugleich des zweiten Moments und die innigste gemeinsame Durchdringung beider bethätigte sich im altrömischen Recht an der Harmonie oder ich will lieber sagen: dem Parallelismus der Formen und Begriffe, darin nämlich, daß die Form sich den innern Unterschieden des materiellen Rechts anschmiegte, so daß also die Verschiedenheit der Rechtsgeschäfte nicht bloß in der Verschiedenheit der Formen sich kund gab, sondern daß die innere Eigenthümlichkeit des oder der mit einer besondern Form ausgestatteten Rechtsgeschäfte in dem morphologischen Moment der Form sich abspiegelte und ausprägte. Es erhob sich hier das bloß stoffliche Element der Form zur Höhe einer juristischen Kunstschöpfung. Man vergleiche einmal die Form der Stipulation, der Mancipation, der Abtretung vor Gericht (in jure cessio) und des Testaments. Die Form der ersten war die der Frage (spondesne, dabisne u. s. w.). Eine Frage aber ist die Form der Beziehung, sie wird gerichtet an eine bestimmte Person, sie ist daher ganz angemessen für das relative Verhältniß der Obligation; die innere Nothwendigkeit einer gegenüber stehenden Person ist durch die Form selbst äußerlich angedeutet. Die Form des zweiten und dritten Rechtsgeschäfts war die der Assertion, der Behauptung (Hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse ajo isque mihi emtus est hoc aere aeneaque libra, Gaj. I. 119. — hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse ajo, Gaj. II. 24); ebenfalls höchst bezeichnend. Denn die absolute Natur der in ihnen auftretenden Rechte findet in dem absoluten Charakter der Form ihren Ausdruck. Eine Behauptung ist unabhängig von

der Beziehung zu einer bestimmten Person. Oder mit andern Worten die Stipulation und die durch sie begründete Klage war concipirt in personam, die Formel der beiden andern Rechtsgeschäfte und die auf sie sich stützende Klage in rem. Die Form des vierten Rechtsgeschäfts war die eines Befehls (heres esto, heredem esse jubeo, Gaj. II, 117. damnas esto, ibid. §. 201, sumito, §. 193, statt der letzteren auch do lego). Wiederum ganz treffend. Einmal in historischer Beziehung: als Reminiscenz an die ursprüngliche Gesetzesform der Testamente; sodann in dogmatischer Beziehung: als Ausdruck des in dem Testament sich verwirklichenden eigenthümlichen Rechts der Autonomie (wovon an anderer Stelle). Die Stipulation beschränkte ihre Wirkungen auf die handelnden Personen, die drei andern konnten dieselben möglicherweise auf andere ausdehnen. Auch dieser Unterschied erhielt seine morphologische Signatur; und zwar darin, daß dort die handelnden Personen für sich allein blieben, hier aber dritte Personen (Zeugen, Prätor) zugezogen wurden. Ein anderes Beispiel für die obige Behauptung gewährt die innere Oekonomie der Testamente (§. 47b).

Der zweite Uebelstand der Form besteht in ihrer Unbequemlichkeit. Das bequeme Sichgehenlassen des Willens, wie die Formlosigkeit es verstattet, ist durch die Form unmöglich gemacht, denn es bedarf außer dem bloßen Wollen noch eines besonderen Ansatzes, eines eignen Aktes des Bewußtseins und der That, um der Form ein Genüge zu leisten. Dazu gesellt sich sodann ferner der hemmende Einfluß gewisser anderer Umstände. Der Stempel des Geschäftlichen, den die Form an der Stirn trägt, macht die vom Recht begehrte Anwendung derselben in manchen Lebenslagen äußerst schwer; die socialen Formen legen nicht selten gegen die juristische Form ein Veto ein. Wer könnte überall, wo eine Verabredung getroffen wird, mit der juristischen Form dareinfahren, wer sich jedes Anerbieten oder Versprechen schwarz auf weiß geben lassen?659) Ein solches Ver-

659) Auf der billigen Erwägung dieses Umstandes beruhte vielleicht die

fahren würde nicht bloß in manchen Verhältnissen eine Verletzung aller Rücksichten des Anstandes und der Sitte, eine grobe Taktlosigkeit, sondern nicht selten durch das in ihr sich äußernde Mißtrauen eine schwere Beleidigung des andern Theils enthalten. In Wirklichkeit erreicht die Form hier den gerade entgegengesetzten Erfolg von dem, den sie bezweckt, denn anstatt die Sicherheit des Contrahirens zu erhöhen, schließt sie dieselbe gänzlich aus, verweist den Handelnden von dem festen Boden des Rechts auf den unsichern des persönlichen Vertrauens.

Das bisher Gesagte gilt für jede Form, wie immerhin sie auch beschaffen sei. Es ist aber begreiflich, daß gerade für die hier zur Betrachtung stehende Eigenschaft der Form die besondere Beschaffenheit derselben von entscheidendem Einfluß sein muß. Ich will dies an einigen Beispielen nachweisen.

Jede besondere Form hat ihre eigenthümlichen Inconvenienzen. Ist mündlicher Abschluß unter den Parteien vorgeschrieben, wie z. B. für die Stipulation und die meisten römischen Rechtsgeschäfte, so ist damit das Contrahiren unter Abwesenden abgeschnitten, man muß zu dem Zweck erst eine Reise machen oder Mittelspersonen benutzen, und der Strenge nach ist der Taube und Stumme von der Benutzung dieser Form ausgeschlossen, eine Consequenz, die das römische Recht in der That mit in den Kauf nahm.[659a]) Wird schriftliche Abfassung erfordert, wie durch das obige preußische Gesetz, so ist umgekehrt vielfach das Contrahiren unter Anwesenden erschwert, denn

---

Exemtion der Schenkung von der Stipulationsform im justinianeischen Recht, die sonst auf den ersten Blick etwas Befremdendes hat. Die Offerte eines Contractes rechtfertigt eine geschäftsmäßige Behandlung derselben von der andern Seite, nicht so aber das Versprechen einer Schenkung. Hängt hiermit auch die dotis dictio des ältern Rechts zusammen? Schwerlich, aber meiner Ansicht nach entschieden die Formlosigkeit der promissio dotis im neuern Recht, die man ohne Grund und ohne Noth zu einer pollicitatio erhoben hat.

659a) Ulp. XX. 13 (Testament) L. 1 pr. de V. O. (45. 1) (Stipulation) L. 1 pr. §. 2, 3 de tut. (26. 1) (Tutoris autoritas).

wer führt, wie Shylok, überall Papier, Dinte und Feder im Gürtel mit sich? Der preußische Gesetzgeber verlegt das Contrahiren von dem Markt und der Straße auf die Stube und den Schreibtisch, das römische Recht umgekehrt von letzteren auf jene — beides für sie und ihre Zeit gleich charakteristisch. Ist Errichtung vor Zeugen, vor Gericht oder vor dem Notar vorgeschrieben, so muß man, um zu contrahiren, erst die Zeugen suchen, sich vor Gericht oder zum Notar verfügen. Wie nun, wenn die Zeugen nicht zu haben sind, wie z. B. in einsamer Gegend oder bei einer herrschenden Epidemie die 7 Testamentszeugen?[660] Wie, wenn die Gerichtsstätte weit entfernt,[661] oder die Umstände zum sofortigen Abschluß drängen, und Richter und Notar nicht sofort zu haben sind, oder der Vertrag die Kosten nicht trägt? Man sieht, daß jede Form, wie sie auch sei, ihre eigenthümlichen Nachtheile hat, durch die sich der Verkehr mehr oder minder beengt fühlen muß.

Die unvermeidliche Folge davon ist, daß er sich in dringlichen Fällen der Form entschlägt, ein *unförmliches* oder *formwidriges* (d. h. im Gegensatz zum *formlosen* als dem der Form nicht bedürftigen: ein der Form an sich bedürftiges, aber ihrer ermangelndes) Rechtsgeschäft abschließt. Eine *rechtliche* Wirkung hat dasselbe nicht, seine Wirkung ist ausschließlich auf den guten Willen des Verpflichteten, auf seine Scheu vor der öffentlichen Meinung, seine Gewissenhaftigkeit, Redlichkeit,

660) Hierauf beruhen zwei Formen der erleichterten Testamentserrichtung: das testamentum ruri und tempore pestis conditum. Die Gestalt des Soldatentestaments hängt nur zum Theil damit zusammen, dahingegen das Aufkommen und die Zulassung der Fideicommisse.

661) Hierin lag eine der Ursachen der unförmlichen Rechtsgeschäfte der Römer in Fällen, in denen es der in jure cessio d. h. für Entfernte einer Reise nach Rom bedurfte, z. B. der unförmlichen Freilassung. Die beschränkte Anerkennung, die der Prätor der letzteren gewährte, war nur eine billige Berücksichtigung der in der Form gelegenen Inconvenienz, ähnlich wie in Anm. 659 und 660. Daß noch andere Motive mitwirkten, werden wir im dritten System zeigen.

Zuverlässigkeit, kurz auf die bona fides gestellt. Diese Flucht des Verkehrs vor der lästigen Form wiederholt sich überall, und zwar meine ich damit nicht etwa die Thatsache, daß hie und da die Form versäumt wird, sondern die förmlich zur Regel und zur Gewohnheit des Verkehrs gewordene Nichtbeachtung der Form. So in Rom, wie seiner Zeit ausgeführt werden soll, so auch in unserm heutigen Verkehr, z. B. in den Ländern des preußischen Rechts.[662]) Das System der Verträge der bona fides im altrömischen Sinn d. h. des lediglich auf Treu und Glauben basirten Verkehrs ist ein Product und Complement des Formalismus.

So wiederholt sich also hier der bereits oben constatirte Widerspruch der Form mit sich selbst und ihrem eignen Zweck. Bestimmt, dem Verkehr einen höhern Grad der Sicherheit zu gewähren, veranlaßt sie ihn umgekehrt, auf alle und jede rechtliche Sicherheit Verzicht zu leisten, eine bequeme Unsicherheit einer unbequemen Sicherheit vorzuziehen. Man könnte es als eine Selbstanklage des Formalismus, als das Eingeständniß seiner mangelnden absoluten Durchführbarkeit bezeichnen.

Die beiden genannten Eigenschaften der Gefährlichkeit und Unbequemlichkeit sind solche, die man meiner Ansicht nach mit Recht dem Formalismus zum Vorwurf machen kann. Nicht so verhält es sich mit einem Vorwurf anderer Art. Er betrifft die ethische Seite desselben. Derselbe ist zwar meines Wissens noch von Niemanden bestimmt formulirt und ausgeführt — seine Ausführung würde zugleich seine Widerlegung gewesen sein — allein die ihm zu Grunde liegende Vorstellung hat sich doch in manchen Spuren und Anklängen vielfach geäußert, und für unklare Köpfe besitzt sie einen gewissen Reiz und Schein. Sie ist namentlich

662) So weiß ich z. B. aus meinem Vaterlande Ostfriesland, in dem das preußische Landrecht gilt, daß der ganze Marktverkehr beim Getreide-, Butter-, Viehhandel sich über das Erforderniß der schriftlichen Abfassung der Verträge hinwegsetzt.

befördert und unterstützt durch eine historische Annahme, die nicht minder irrig ist als sie selber, nämlich daß das germanische Recht von jeher dem Grundsatz der Formlosigkeit der Verträge gehuldigt habe.[663] Wenn man dafür früher wohl das Sprüchwort: ein Mann ein Wort in Bezug genommen, so haben neuere Untersuchungen[664] nachgewiesen, daß dasselbe mit der Frage von der bindenden Kraft formloser Verträge gar nichts gemein hatte, sich vielmehr lediglich auf den Proceß bezog und für ihn den Grundsatz aufstellte, daß die Partei an ihre Behauptungen und Zugeständnisse vor Gericht gebunden war.

Hören wir die ethische Anklage des Formalismus. Welche Mißachtung des sittlichen Gefühls von Seiten des Rechts, das gegebene Wort wegen des geringsten Formfehlers für unverbindlich zu erklären, den schreiendsten Mißbrauch des Vertrauens, ich

---

663) Der Versuch von Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts, diese Behauptung zu beweisen, hat mich nicht überzeugt, s. dagegen Siegel Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens, B. 1 S. 39 fl. Derselbe unterscheidet zwischen läugenbaren und unläugenbaren Schulden. Der Anspruch aus einem formlosen Vertrag konnte durch den bloßen Eid des Beklagten beseitigt werden, zur vollen Wirkung des Vertrages d. h. damit die Schuld eine unläugenbare sei, verlangt auch das germanische Recht eine Form. Der Gegensatz erinnert an den römischen des Legats und des fideicommissum heredi praesenti injunctum. C. A. Schmidt in seiner schwachen Schrift: Der princip. Unterschied zwischen dem röm. und germ. Recht, Rostock 1853, ist so glücklich, auch an diesem Punkt wie in so manchen sein Ideal von Sittlichkeit im deutschen Recht verwirklicht zu finden. „Das germanische Vertragsrecht, sagt er S. 251, ist ganz einfach auf die Vorschrift des Sittengesetzes gegründet, daß Verträge gehalten werden müssen." Anders dachte der alte Möser (S. Anm. 666) darüber, und sein Urtheil wiegt um so schwerer, als er eine durch und durch praktische und kernhaft deutsche Natur war. „Der Narr, sagt er in nicht sehr höflicher Weise, der zuerst das Sprichwort: ein Mann ein Mann, ein Wort ein Wort so ausgelegt hat, daß ein ehrlicher Mann sein erstes Wort nicht widerrufen könne, hat mehr Unglück angestiftet als man glauben sollte."

664) Siegel, Die Erholung und Wandlung im gerichtlichen Verfahren (Sitzungsberichte der Wiener Akademie B. 42 S. 201 fl.; auch als Separatabdruck erschienen, Wien 1863).

sage nicht einmal ungestraft, sondern selbst ungerügt zu lassen, ja den Richter zu verpflichten, dazu nöthigenfalls seinen Arm zu leihen und der Schlechtigkeit und dem Betruge innerhalb der Form einen sichern Schlupfwinkel zu eröffnen! Welchen verderblichen Einfluß muß der tägliche Anblick dieses Schauspiels auf das Rechtsgefühl des Volks ausüben. Die Stimme desselben zum Schweigen bringen, heißt es nicht: dasselbe abtödten? Die Form als das allein Entscheidende hinstellen, heißt es nicht: das Fundament des Verkehrs, die Treue, untergraben?

Was ist darauf zu antworten? Zunächst und vor allem, daß diese ganze Anklage von einer totalen Verkennung der eigenthümlichen Aufgabe des Rechts gegenüber der der Moral zeugen würde — ein Fehler, der freilich häufiger (und nicht bloß bei dieser Frage) begangen wird, als man es erwarten sollte, den es aber hier nicht der Ort ist principiell zu widerlegen. Oder soll das Recht etwa jede moralische Verpflichtung zugleich zur rechtlichen erheben? Nun wohlan: höher als das Wort steht doch jedenfalls der Eid, und dieselben ethischen Gründe, aus denen man vom Gesetzgeber begehren könnte, daß er das formlose Versprechen für erzwingbar erkläre, würden noch in verstärktem Maße für das eidliche Versprechen in die Wagschale geworfen werden können. Das kanonische Recht hat denn in der That auch die Erzwingbarkeit desselben festgesetzt, aber eben damit in lehrreicher Weise gezeigt, wohin es führt, wenn der Gesetzgeber moralische Anforderungen zu rechtlichen erhebt. Durch jene Bestimmung nämlich ward der Eid zu einem Mittel, um die heilsamsten Bestimmungen des Rechts zu vereiteln. Alle Schutzmaßregeln, die das Recht für das Subject getroffen hatte, ließen sich mittelst des Eides beseitigen (z. B. das Verbot des Zinswuchers, die Berufung auf Zwang, Betrug, das SC. Macedonianum, Vellejanum), und hätte nicht das kanonische Recht eine Art von Taschenspielerkunst angewandt (indem es bei erzwungenen, wucherischen u. a. Contracten zuerst den Schuldner zur Erfüllung, sodann aber den Gläubiger zur sofortigen Rückgabe des Erhaltenen zwang), der

Erfolg der ganzen Bestimmung wäre vorzugsweise Wucherern und Betrügern zu gute gekommen. Unsere Partikulargesetzgebungen in Deutschland haben jene Bestimmung nach und nach fast überall aufgehoben; hat dadurch der sittliche Geist im Volk Schaden gelitten? Gerade bei denjenigen Verhältnissen, die der Gesetzgeber sich selbst überläßt, äußert sich regelmäßig das sittliche Gefühl des Volks am empfindlichsten, gleich als müßte es sich ihrer bei ihrer rechtlichen Hülf- und Schutzlosigkeit in verdoppeltem Maße annehmen. [664a])

Ich muß sodann noch auf eine andere Seite des Verhältnisses aufmerksam machen. Enthielt es schlechthin eine Unredlichkeit, wenn ein Römer ein von ihm in unförmlicher Weise abgeschlossenes Geschäft (z. B. Tradition einer res mancipi, Versprechen ohne Stipulationsform) nicht als verbindlich anerkannte? Man geht dabei unwillkürlich von der Supposition aus, daß es in seiner Absicht gelegen habe, sich wirklich juristisch zu binden, und daß nur aus Nachlässigkeit die erforderliche Form verabsäumt worden sei. Allein es war auch der entgegengesetzte Fall möglich, daß nämlich die Unterlassung der Form in der Absicht sich juristisch nicht binden zu wollen, ihren Grund hatte, und ich glaube, es ist keine zu kühne Annahme, wenn man für die ältere Zeit gerade diesen Fall als die Regel, den andern aber als Ausnahme setzt. Wenn die Anwendung einer einem jeden Römer so geläufigen Form, wie der Stipulation, Mancipation u. s. w., unter Verhältnissen unterblieb, die derselben kein Hinderniß entgegensetzten, so hieß dies nichts anders, als daß nach *übereinstimmender Absicht der Parteien* das Rechtsgeschäft keinerlei rechtliche Wirkung haben, es vielmehr in das Belieben der Parthei gestellt sein sollte, davon abzugehen. Was *wir* erst durch eine ausdrückliche Verwahrung erreichen müssen, nämlich daß die Verabredung zunächst für uns noch keine bindende Kraft haben solle, lag dort

664a) Einen Beleg dafür wird uns der Verlauf der Darstellung (B. 3 Abth. 2) an den klaglosen Verhältnissen des ältern Rechts bringen.

bereits ſtillſchweigend in der Nichtanwendung der Form. Tradition einer res mancipi bedeutete für den römiſchen Verkehr, was im heutigen Recht der Vorbehalt des Eigenthums (das ſ. g. pactum reservati dominii), die unförmliche Freilaſſung eines Sklaven war ſo viel als Ertheilung der Freiheit mit Vorbehalt des Widerrufs, das pactum ſtand auf einer Linie mit unſern heutigen Tractaten. Die Urgirung des Mangels der Form enthielt in allen dieſen Fällen keine Treuloſigkeit, ſondern die Geltendmachung des von Anfang an Gewollten.

2. Vortheile der Form.

Wir haben bei der Darſtellung derſelben zwei Arten genau von einander zu unterſcheiden, nämlich diejenigen, die in der Form als ſolcher gelegen ſind, ſich mithin bei allen formellen Geſchäften wiederholen (allgemeine) und diejenigen, die auf dem morphologiſchen Element der einzelnen Form beruhen, ihr alſo eigenthümlich ſind — (beſondere Vortheile).

Die Entſcheidung eines Rechtsſtreites beſteht in der Anwendung des abſtracten Rechts auf das concrete Verhältniß. Die Schwierigkeiten derſelben können entweder in dem abſtracten Recht gelegen ſein, darin nämlich, daß die Beſtimmungen deſſelben, die zur Anwendung kommen, an Unklarheit, Unbeſtimmtheit leiden u. ſ. w. — dagegen bietet die Form der Rechtsgeſchäfte keine Hülfe — oder in dem concreten Verhältniß, ſei es in der Zweifelhaftigkeit des rein factiſchen Vorganges (Beweisfrage), ſei es in der Unbeſtimmtheit ſeines juriſtiſchen Charakters (Subſumtion, Diagnoſe) — ihnen zu begegnen iſt die Form im Stande. Und zwar bewährt ſich der allgemeine Nutzen der Form an denen der zweiten Art d. h. in Bezug auf die äußere Klarſtellung ihres juriſtiſchen Charakters, während ſie denen der erſten Art, der Beweisfrage zwar vorbeugen kann, wenn ſie nämlich darnach eingerichtet iſt (Errichtung des Geſchäfts

vor der Obrigkeit, Zeugen u. ſ. w.); dieſer Vortheil gehört alſo zur Claſſe der beſonderen.

Jene Schwierigkeiten ſind in den meiſten Fällen durch die Partei ſelber verſchuldet; die objective Zweifelhaftigkeit, Unklarheit des Rechtsgeſchäfts iſt regelmäßig nur die Folge der ſubjectiven Unklarheit, ſei es des Denkens, Wollens oder des Sprechens. Der Handelnde wollte z. B. dem Gegner nur den Gebrauch einer Servitut (precaria juris possessio) einräumen, aber er hat ſich ſo ausgedrückt, als wolle er ihm die Servitut ſelbſt gewähren, oder er war ſich dieſes rechtlichen Unterſchiedes und der Nothwendigkeit der Entſcheidung für die eine oder andere Möglichkeit gar nicht einmal bewußt, ſein Wille oscillirte, ſo zu ſagen, in aller Unbefangenheit zwiſchen beiden in der Mitte.

Dieſe ſubjective Unklarheit und mit ihr eine der reichſten Quellen der Proceſſe völlig auszuſchließen, liegt nun zwar außerhalb der Macht des Rechts. Aber viel, ſehr viel kann immerhin zu dieſem Zweck geſchehen, theils durch freie Thätigkeit des Verkehrs (Benutzung ſtehender Formulare, Zuziehung von Juriſten) theils durch das Recht, und das Mittel, das ihm dies ermöglicht, iſt der Formalismus.[664b])

Die Form iſt für die Rechtsgeſchäfte, was das Gepräge für die Münzen. Wie das Gepräge uns die Prüfung des Metallgehaltes und des Gewichtes, kurz des Werthes der Münze erſpart, eine Prüfung, der wir bei ungeprägtem Metall, wenn es zur Zahlung verwandt werden ſollte, uns nicht ent-

---

664b) Der praktiſche Sinn hat dies zu allen Zeiten und bei allen Völkern richtig herausgefühlt, ſo z. B. beim Volke Israel, Michaelis Moſaiſches Recht II §. 81 (Verkauf, Tauſch, Schenkung im Thor, auch wohl durch Ausziehung des Schuhs), bei den Türken, von Tornauw, Moslemitiſches Recht S. 67 „Sigheh, die mündliche Verbindlichkeitserklärung, beſteht in gewiſſen für jeden Vertrag beſonders feſtgeſetzten Ausdrücken und wird bei der definitiven Uebereinkunft und Abſchließung des Vertrages ausgeſprochen. Mit der Erklärung der Sigheh iſt die mündliche Verhandlung bei Eingehung der Verträge abgeſchloſſen;" ſpecielle Beiſpiele dafür S. 87 daſelbſt (Kauf), S. 105 (Darlehn).

ziehen könnten, so überhebt die Form den Richter der Mühe der Untersuchung, ob ein Rechtsgeschäft beabsichtigt ist, und wenn für verschiedene Rechtsgeschäfte verschiedene Formen festgesetzt sind, auch der Untersuchung, welches beabsichtigt ist. Im System der Formlosigkeit können beide Fragen mit der größten Schwierigkeit verknüpft sein. Die erstere. Denn so sehr immerhin im Begriff das Rechtgeschäft von den vorbereitenden Handlungen, das wirkliche Sichbinden des Willens von der bloßen Ankündigung der vorhandenen Geneigtheit zum Binden sich abhebt, so sehr vermischen sich doch nicht selten die Gränzen beider in dem concreten Fall. „Ich will Dir legiren, verkaufen, schenken" kann heißen: 1. ich thue es hiermit, oder 2. ich mache mich verbindlich es demnächst zu thun, oder 3. ich habe die Absicht, wovon ich Dich in Kenntniß setze, aber in nicht anderer Weise und mit nicht anderer Wirkung, als von irgend einem anderen Gedanken, der in meiner Seele auftaucht d. h. ich werde es thun, und Du magst es wissen, aber ich will nicht gebunden sein. Angenommen nun, daß letztwillige Verfügungen keiner Form bedürften: welche endlose Streitigkeiten würden über den Sinn derartiger im Leben durchaus nicht seltener Mittheilungen heraufbeschworen werden. Im System des Formalismus ist die Aeußerung der Absicht des Wollens durchaus ungefährlich, sie läuft nie Gefahr mit dem Wollen verwechselt zu werden, im System der Formlosigkeit hingegen droht stets die Gefahr, die Absicht als Willen, den Willen als Absicht zu deuten.

So dient also die Form als Stempel des fertigen juristischen Willens.[665] Aber wie sie das Juristische vom Nichtjuristi-

665) Savigny System III. S. 238: „Ein Entschluß, sagt er, über wichtige Dinge kömmt selten mit einem Mal zur Reife; es pflegt ihm ein Zustand der Unentschiedenheit vorauszugehen, worin die Uebergänge allmählig und unmerklich sind, und dessen Unterscheidung von dem vollendeten Wollen eben so schwierig sein kann, als sie für den später urtheilenden Richter unentbehrlich ist. Hier dient nun die Form als untrügliches Kennzeichen des reifen Entschlusses."

schen unterscheidet, so kann sie auch ersteres in sich wiederum abscheiden d. h. den Gegensatz zwischen den verschiedenen rechtlichen Geschäften signalisiren. Ich will dies an dem obigen Beispiel der Servitut nachweisen. Die dem Richter vorgelegten Verhandlungen zwischen zwei Parteien über die angebliche Bestellung einer Servitut können ihn zwischen vier verschiedenen Annahmen schwanken lassen: 1. die Servitut ist *bestellt* (Dingliches Rechtsgeschäft), 2. sie ist bloß *versprochen* (Obligation), 3. es ist bloß die widerrufliche factische *Ausübung* der Servitut eingeräumt (Precarium), 4. es ist bloß die *Absicht*, die *Geneigtheit* zur demnächstigen Einräumung derselben ausgesprochen. Für den römischen Richter bot die Frage kaum eine Schwierigkeit, denn für den ersten Zweck bedurfte es der Mancipation oder der gerichtlichen Bestellung (in jure cessio), für den zweiten der Stipulation. Fehlte es an jeder Form, so konnte mithin nur der dritte oder vierte Fall vorliegen. Für die beiden letzten Fälle aber war der Mangel eines äußern Unterscheidungsmerkmals völlig gleichgültig, denn in beiden Fällen war alles auf den guten Willen des Concedenten gestellt, der Gegner hatte keine Klage, der Richter mußte ihn also hier wie dort abweisen. Für unsern heutigen Richter kann unter Umständen die Frage, ob eine im Testament bedachte Person nach Absicht des Erblassers Legatar oder Erbe sein soll, große Schwierigkeiten haben, für den römischen Richter waren dieselben durch die verschiedene Form der Erbeseinsetzung und der Legate völlig abgewehrt. [665a])

Der Nutzen der Form besteht also dem bisherigen nach in der Erleichterung und Sicherung der Diagnose — ein Gewinn, der scheinbar nur dem Richter, in der That aber auch der Partei und dem Verkehr zu gute kommt. Denn gleichwie unter der Schwierigkeit und Unsicherheit der pathologischen Diagnose weniger

---

665a) Ein anderes Beispiel aus dem heutigen Recht gewährt der Mangel eines formellen Unterscheidungsmerkmals zwischen dem Erbvertrag und dem wechselseitigen Testament.

der Arzt als der Patient, so leidet unter der der juristischen weniger der Richter als die Partei. Jene Erleichterung für den Richter aber muß der Verkehr mit einem Opfer von seiner Seite erkaufen, die Mühe und Arbeit des Richters und der Parteien stehen im entgegengesetzten Verhältniß. Im Formalismus hat es der Richter bequem, die Partei unbequem, im System der Formlosigkeit umgekehrt die Partei bequem, der Richter unbequem.

Zu diesem ersten allgemeinen Vortheil der Form gesellt sich ein zweiter hinzu, der unmittelbar in der Person der Partei wirksam wird. „Für das Gedeihen des Rechtsverkehrs", sagt Savigny,[666] ist es wünschenswerth, daß Verträge nicht übereilt, sondern in besonnener Ueberlegung der daraus entspringenden Folgen geschlossen werden. Die Natur des formellen Vertrags (wie der römischen Stipulation) führt dahin, die besonnene Ueberlegung zu wecken, also jenen wünschenswerthen Zustand zu befördern." Bei solchen Formen, die mit einem gewissen Aufschube verbunden sind, wie z. B. gerichtliche Errichtung oder Insinuation ist dies unzweifelhaft richtig, für die Stipulation könnte man geneigt sein es zu bestreiten, weil der mit ihr verknüpfte Aufenthalt viel zu kurz war, um einer Partei, die in Aufregung oder Uebereilung etwas versprochen hatte, Zeit zu lassen sich zu beruhigen und zu besinnen; die Stipulation war ein Moment, weniger als eine Minute. Allein es würde verkehrt sein, jenen heilsamen Einfluß der Form lediglich in dem durch sie veranlaßten Aufschub finden zu wollen. Er liegt vielmehr in ihr selbst, in der Vorstellung des Geschäftlichen, rechtlich Gebundenen u. s. w., die sich mit ihr verknüpft, darin, daß sie diejenige Stimmung in dem Handelnden hervorruft, in der sich jeder beim Abschluß eines Rechtsgeschäfts befinden soll, die geschäftsmäßige. Für das römische Ohr war das kleine Wörtchen spondesne, sobald es im Lauf des Gesprächs ertönte,

666) Obl. Recht II. S. 217. Diesen Gesichtspunkt hatte bereits Möser patriot. Phantas. Bd. 2. XXIV (Berlin 1778) S. 121 fl. in seiner launigen, aber höchst treffenden Weise hervorgehoben.

eine Benachrichtigung, daß die Unterhaltung, wenn sie bis dahin einen unjuristischen, freundschaftlichen Charakter an sich getragen hatte, einen geschäftsmäßigen Charakter annehmen sollte, sie war das Signal für einen Akt von rechtlicher Natur und Bedeutung. Wer im Fluß der Rede Zusicherungen ertheilt hatte, mußte stutzig werden, sowie der Gegner ihn beim Wort nahm und die Sache rechtlich fest machen wollte, (das ist die Bedeutung des römischen stipulari). Mit dem spondesne? trat an ihn die Nöthigung heran, sich über die Natur seiner Aeußerungen, Zusicherungen klar zu werden, sich den Inhalt, die Tragweite und die Folgen der ihm zugemutheten Stipulation zu vergegenwärtigen. Jenes Wörtchen hatte also den unschätzbaren Werth ein *Wecker des juristischen Bewußtseins* zu sein. Wie manche Zusicherungen, Versprechungen u. s. w. werden heutzutage ertheilt, bei denen der Redende, so ernstlich er auch gesonnen ist, sie zu halten, sich doch die Möglichkeit einer demnächstigen zwangsweisen Geltendmachung derselben von Seiten des Gegners gar nicht vergegenwärtigt, und bei denen, träte ihm die Hinweisung darauf durch das Ansinnen einer formellen Bestärkung derselben sofort entgegen, er die Uebernahme einer *rechtlichen* Haftung entschieden verweigern würde. Erst die *Klage* bringt ihn zum Nachdenken, und die Entscheidung einer Frage, die, rechtzeitig aufgeworfen, ihn ein einziges Wort gekostet hätte, wird Gegenstand eines unerquicklichen, langwierigen und oft höchst zweifelhaften Streites. Schließt der Formalismus die Gefahr in sich, daß Jemand, der wirklich die Absicht hatte, sich juristisch zu binden, wegen eines Formfehlers frei gesprochen wird, so birgt das System der Formlosigkeit die entgegengesetzte in sich, daß nämlich Jemand, der *nicht* diese Absicht hatte, wider seinen wahren Willen zur Haftung herangezogen wird; welche Gefahr die bedenklichere ist, wird nicht Gegenstand eines Zweifels sein.

Ich wende mich jetzt den *besonderen* Vortheilen der Form zu. Ich verstehe darunter, wie oben bemerkt, diejenigen, die auf einer eigenthümlichen Gestaltung der Form (z. B. der Schriftlichkeit, Oeffentlichkeit) beruhen. Bei einer Einführung der Form

auf legislativem Wege (wie im späteren römischen Recht bei der der instrumenta publica vel quasi publica, der Insinuation, im preußischen Recht bei der der schriftlichen Aufzeichnung) bilden vorzugsweise sie das Ziel, welches der Gesetzgeber im Auge hat, und das ihn veranlaßt, der Form gerade diesen bestimmten Zuschnitt zu geben. Ich will die gangbareren Formen in dieser Rücksicht einer Prüfung und Vergleichung unterwerfen.

Es ist ein Vorzug der schriftlichen Aufzeichnung des Rechtsgeschäfts vor der mündlichen Errichtung, daß sie den demnächstigen Beweis desselben sichert. Die Zuziehung von Zeugen gewährt einen ähnlichen Nutzen, aber die Fixirung des Rechtsgeschäfts in der Erinnerung ist zunächst eine minder genaue als die durch die Schrift, denn das Gedächtniß behält gewöhnlich nur den Sinn, nicht die Wortfassung, und doch kann gerade letztere unter Umständen von höchster Wichtigkeit werden. Jene Fixirung ist aber ferner eine minder dauerhafte, denn sie ist abhängig von dem Erinnerungsvermögen und dem Leben der Zeugen; bei solchen Rechtsgeschäften, die eine Menge detaillirter, schwer zu behaltender Bestimmungen, Zahlen u. s. w. enthalten, wie z. B. nicht selten die Testamente, ist sie überall völlig ungeeignet. Einen andern folgenreichen Differenzpunkt zwischen beiden Formen bietet der Umstand dar, daß die eine die völlige Geheimhaltung des Rechtsgeschäfts möglich macht, die andere eine Mittheilung desselben an die Zeugen erfordert; ersteres wird mehr dem Interesse der Partei, letzteres mehr dem dritter Personen und des Verkehrs entsprechen.[667]) Beide Formen lassen sich übrigens auch verbinden wie z. B. in unserer heutigen Form der Errichtung vor Notar und Zeugen. Eine eigenthümliche Combination derselben enthielt das schriftliche Privattestament des römischen Rechts, insofern es dem Testator verstattete, den Zeugen den Inhalt des Testaments vorzuenthalten. Die höchste Steigerung der schrift-

667) Einen hierauf bezüglichen Gesichtspunkt in Betreff der mündlichen Errichtung des Testaments habe ich S. 148 hervorgehoben.

lichen Form beſteht in der amtlichen Aufzeichnung (die römiſche Inſinuation, die moderne Eintragung in die Flur-, Lager-, Hypothekenbücher, Handelsregiſter, Aufnahme zu Protokoll), die höchſte Steigerung des Zeugniſſes in dem amtlichen Zeugniß (testam. in comitiis calatis, judici oblatum, in jure cessio).

Die allgemeinen Vortheile der Form beſchränken ſich auf diejenigen Perſonen, welche in unmittelbare Berührung mit dem Rechtsgeſchäft treten: die Parteien und den Richter, die beſondern erſtrecken ihre Wirkungen ungleich weiter. Hervorhebung verdient in dieſer Beziehung namentlich die Oeffentlichkeit der Form, welche das Rechtsgeſchäft zur allgemeinen Kunde bringt. Durch ſie erhielten in Rom z. B. die Gläubiger eines Schuldners, der ſich arrogiren laſſen wollte, Gelegenheit, rechtzeitig ihre Anſprüche geltend zu machen, und erſt als Arrogationen nicht mehr vor der Volksverſammlung vorgenommen wurden, und damit dieſes in der Form gelegene Sicherungsmittel hinweggefallen war, bedurfte es für die Gläubiger eines eigenen ſelbſtändigen Schutzmittels (der in integrum restitutio propter capitis deminutionem). Einen ähnlichen Dienſt leiſtete die alte Form der Teſtamentserrichtung vor verſammelter Gemeinde (testamentum in comitiis calatis) den Verwandten des Teſtators.[668] Auch wer die von mir früher (I. S. 145) aufgeſtellte Hypotheſe nicht theilt, daß das Volk in gleicher Weiſe wie über die Geſetze auch über die Teſtamente abgeſtimmt und mithin das Recht gehabt habe, unbillige, liebloſe Teſtamente (inofficiosa) zu verwerfen, wird mir wenigſtens darin beiſtimmen, daß die Publication des letzten Willens vor dem geſammten Volk factiſch eine gewiſſe Garantie gegen einen ſchnöden Mißbrauch der Teſtirfreiheit gewährte. Denn ſie ſetzte ihren Urheber noch bei ſeinen Lebzeiten der Kritik des öffentlichen Urtheils und dem Groll und der Verfolgung der

668) Aus heutiger Zeit nenne ich das öffentliche Aufgebot bei der Eingehung der Ehe. — Wie auch fiscaliſche, polizeiliche, ſtatiſtiſche u. ſ. w. kurz ſtaatliche Zwecke durch die Form verfolgt werden können, will ich hier übergehen.

BIBLIOTHECA REGIA HOLMIENSIS

in ihren Erwartungen getäuschten Verwandten aus. Als die heimliche Form der Testamente aufkam, und damit dieses Correctiv gegen jene Gefahr hinwegfiel, mußte der Ausfall in der Form auch hier auf dem Wege des materiellen Rechts ersetzt werden, und diesem Zweck verdankte die querela inofficiosi ihre Entstehung. So ersetzt die Form nicht selten materielle Rechtssätze — durchgreifende Veränderungen in der Form werden daher auch immer eine Veränderung des materiellen Rechts zur Folge haben.

3. Das Verhältniß zwischen den Vortheilen und Nachtheilen.

Mit dem im bisherigen versuchten Nachweis der Vortheile und Nachtheile des Formalismus ist die oben von uns aufgeworfene Frage von dem praktischen Werth des Formalismus wenn auch ihrer Beantwortung näher geführt, so doch noch keineswegs beantwortet. Zu diesem Zweck ist vielmehr die Untersuchung speciell darauf zu richten, welche von ihnen beiden überwiegen.

Wie der vortheilhafte Charakter eines Kaufes sich nicht darnach bestimmt, welchen Werth der gekaufte Gegenstand hat, sondern darnach, in welchem Verhältniß Gewinn und Kosten zu einander stehen, so läßt auch der praktische Werth einer Einrichtung sich nicht einseitig nach ihren vortheilhaften Wirkungen, sondern nur danach bemessen, wie hoch der Preis ist, um den sie erkauft werden muß, d. h. welche nachtheiligen Wirkungen mit in den Kauf genommen werden müssen. Nun hat aber eine und dieselbe Sache nicht für Jeden denselben Werth; dem einen ist sie nöthiger, dem andern entbehrlicher, die Kosten variiren nach Zeit und Ort. Ebenso verhält es sich mit den Rechtseinrichtungen; auch für sie ist der Maßstab des praktischen Werthes ein durchaus relativer, bedingt durch eine Reihe von Voraussetzungen.

Unser heutiges Recht hat für Contracte im allgemeinen den Grundsatz der Formlosigkeit adoptirt, dagegen steht der Wechselvertrag unter dem Gesetz der äußersten formellen Strenge.

Dieſe Thatſache berechtigt uns zu dem Schluß, daß die Bilanz zwiſchen den Vortheilen und Nachtheilen des Formalismus bei jenen Verhältniſſen eine verſchiedene iſt; bei dem Wechſel machen ſich die Koſten bezahlt, bei den Contracten des gewöhnlichen Lebens nicht.[669]) Für letztwillige Verfügungen, Uebertragung von Grundeigenthum, Beſtellung von Hypotheken, Prädialſervituten u. ſ. w. haben die neuern Rechte theils die Formen des römiſchen beibehalten, theils neue angeordnet. Gerade bei ihnen ſtellt ſich wiederum die Bilanz für den Formalismus beſonders günſtig. Denn einmal hat für ſie die Form einen viel höhern Werth als für die Contracte, da letztere ihre Wirkungen auf die handelnden Perſonen beſchränken und in verhältnißmäßig kurzer Zeit ſich ausleben, während jene ihre Wirkungen ſowohl in Bezug auf die Zeitdauer als auf die betheiligten Perſonen möglicherweiſe ſehr weit ausdehnen können. Im gleichen Verhältniß mit dieſer Ausdehnung wächſt der Werth einer Beglaubigung des Rechtsgeſchäfts durch die Form. Andererſeits aber ſind die Nachtheile hier wiederum weniger drückend. Denn diejenigen Rechtsgeſchäfte, die ſich raſch conſumiren, wie z. B. die Realcontracte, die Conſenſualcontracte mit Ausnahme der Societät, werden auch regelmäßig ohne lange Vorbereitung abgeſchloſſen, ja ein durch eine ſchwerfällige Form veranlaßter Aufſchub könnte bei ihnen unter Umſtänden das Zuſtandekommen geradezu verhindern. Nicht ſo bei denen, die ich oben genannt habe. Sie drängen und eilen nicht ſo, und regelmäßig geht ihrem Abſchluß eine längere Zeit der Vorbereitung, Ueberlegung, Verhandlung voraus, und ob dieſe Zeit durch die Zuthat der Form um etwas vermehrt wird, fällt nicht ſchwer in's Gewicht. Sodann endlich bietet das Leben zu ihnen bei weitem nicht den häufigen Anlaß; auf tauſend Contracte kommt vielleicht kaum ein Teſtament, auf

669) Mit gutem Grunde hat daher auch unſer Handelsgeſetzbuch auf die kaufmänniſchen Verhältniſſe das Princip der Form in energiſcher Weiſe zur Anwendung gebracht. Es war in der Beziehung vieles gut zu machen!

hundert Eigenthumsübertragungen beweglicher Sachen kaum eine einer unbeweglichen Sache. Auf diese Weise erklärt und rechtfertigt sich auch der einfachere Zuschnitt der römischen Stipulation gegenüber dem der Mancipation und der Abtretung vor Gericht.

So variirt also die Bilanz zwischen den Vortheilen und Nachtheilen des Formalismus nach Verschiedenheit der Rechtsinstitute; eine Form, die für das eine Institut höchst angemessen ist, würde für das andere möglicherweise unerträglich sein. Nicht minder aber variirt dieses Verhältniß der beiden Seiten des Formalismus nach Verschiedenheit der gegebenen historischen Prämissen. Für das römische Recht bildet das Erforderniß der Form die Regel, für uns die Ausnahme.

Hätten die Römer den Druck ihres Formenwesens in dem Maße empfunden, wie wir ihn empfinden müßten, sie würden sicherlich nicht unterlassen haben, sich desselben zu entledigen, wie sie es ja z. B. bei dem Legisactionenproceß und später bei den Formeln letztwilliger Verfügungen in Wirklichkeit gethan haben. Der Druck kann also für sie kein so schwerer gewesen sein, und dies führt uns auf zwei Umstände, welche ebensowohl für die relative Natur des Formalismus im allgemeinen als für das specielle Verständniß des römischen Formalismus von hoher Bedeutung sind. Die erste ist die bereits früher (S. 410 u. fl.) mit besonderem Hinblick auf den Formalismus besprochene Stellung der römischen Jurisprudenz zum Volk, die Allgegenwart der Juristen im Leben und die Unentgeltlichkeit ihrer Dienstleistungen. Der zweite Umstand besteht in einer Eigenschaft, die wenn auch dem römischen Volk keineswegs eigenthümlich, sich dennoch bei ihm in ungleich höherem Grade vorfand als mit Ausnahme des englischen bei allen Völkern der Gegenwart, ich meine jenen nationalen Zug zur Form, den ich im Folgenden als Formsinn bezeichnen und einer näheren Betrachtung unterziehen werde, eine Eigenschaft, die dem römischen Volk die Formen nicht als etwas äußerlich Aufgedrungenes, Positives, Fremdartiges, sondern als etwas Selbstverständliches, Natürliches erscheinen ließ.

2. Die historischen Gründe des Formalismus.

Culturhistorische Bedeutung desselben — die Periode der Sinnlichkeit — der Formsinn — Symbolische und repräsentative Handlungen — die residuären Formen. — Die Form als Trägerin des historischen Continuitätsbewußtseins — die conservative Kraft der Form.

XLV[a]. Es ist bereits oben (S. 478) bemerkt, daß es irrig sein würde, das Dasein der Formen im Recht ausschließlich auf den im bisherigen nachgewiesenen praktischen Nutzen derselben zurückzuführen. Richtig ist diese Ansicht nur für diejenigen Formen, welche durch einen Akt der Gesetzgebung in's Leben gerufen sind, denn sie sind eingeführt eines bestimmten Zweckes wegen, sie verdanken ihr Dasein und ihren individuellen Zuschnitt ausschließlich einem praktischen Motiv; solche Formen dürfte man am passendsten tendentiöse nennen, denn sie treten in die Welt mit einer bestimmten Tendenz an der Stirn.

Anders bei denjenigen Formen, die aus dem Leben und dem Volke selbst hervorgegangen sind, wie dies für alle der Urzeit des Rechts angehörige (naive) Formen gilt. Der Umstand, daß sie nicht mit Absicht und Bewußtsein eingeführt, daß sie nicht gemacht, sondern geworden sind, schließt zwar die Möglichkeit nicht aus, daß unbewußt und instinctiv das Gefühl des praktischen Nutzens der Form bei ihrer Bildung mitgewirkt habe.[671] Allein daß sie nicht ausschließlich diesem Motive ihren Ursprung verdanken, daß vielmehr noch andere Gründe sowohl bei der ersten Bildung als bei der Erhaltung derselben wirksam werden, ihr Unterschied von den tendentiösen also nicht bloß in der

671) Auf diesen „der Nation inwohnenden bewußtlosen Bildungstrieb, in welchem aber das Bedürfniß der heilsamen Folgen wirksam ist" stellt Savigny System B. 2 S. 239 die Sache. Im Obligationenrecht Bd. 3 S. 220 äußert er sich nur dahin, daß diese Formen auf „uralter Volkssitte beruhen." Der obige Gegensatz im Texte ist es, der Puchta bei seinem verunglückten Versuch einer Scheidung zweier Arten von Rechtsformen (s. oben Note 652[a]) vorgeschwebt hat.

erſchiedenheit der Rechtsquelle (Geſetz und Gewohnheitsrecht) ſteht, durch die ſie eingeführt werden (in welchem Fall die Unterſcheidung derſelben völlig unberechtigt ſein würde), dies, ſage ich, läßt ſich aus manchem abnehmen. Zunächſt aus dem morphologiſchen Zuſchnitt derartiger Formen. Derſelbe iſt nicht bloß ungleich voller, reicher, als er durch das rein praktiſch-juriſtiſche Intereſſe geboten ſein würde (man denke z. B. an die römiſchen Hochzeitsfeierlichkeiten), ſondern er kann ebendadurch dem letzteren widerſtreben. Jeden Zweifel aber beſeitigt der Umſtand, daß derartige Formen ſich auch auf andern Gebieten wiederholen, und zwar auf Gebieten, für die der Geſichtspunkt des praktiſchen Werths der Form keine Anwendung leidet, wie z. B. auf dem des religiöſen Cultus, und eben dieſe Wahrnehmung kann und muß uns hier auf den rechten Weg leiten, uns nämlich zu der Erkenntniß führen, daß wir in dem Formalismus keine ſpecifiſch rechtliche, ſondern eine allgemeine culturhiſtoriſche Erſcheinung zu erblicken haben, die innerhalb des Rechts nur einen ungewöhnlich günſtigen Boden vorfindet, nur eine beſonders geſteigerte Wirkſamkeit entfaltet.

Der Formalismus in dieſem weiteſten Sinne bezeichnet eine nothwendige Phaſe in der Entwicklungsgeſchichte des menſchlichen Geiſtes. Wie der in den Banden des ſinnlichen Denkens befangene Geiſt überall, wo es die Darſtellung eines Innerlichen gilt, zu ſinnlichen Ausdrucksmitteln ſeine Zuflucht nimmt, zu Bildern in der Sprache, zu Perſonificationen in ſeiner Naturund religiöſen Anſchauung, zu Symbolen bei ſeinen Begriffen, benutzt er auch die Handlung, um ſeinen Gefühlen, Stimmungen, Ahnungen, Entſchlüſſen eine ſinnlich-ſubſtantielle, plaſtiſche Geſtalt zu geben. So wird ihm das Unſichtbare ſichtbar, das Ferne nahe, das Innerliche an die Oberfläche gerückt. Dies iſt die Sprache, die er verſteht, und durch die er ſeine Unbehülflichkeit im abſtracten Denken und Reden ausgleicht. Und eben weil ſie ihm natürlich und nothwendig iſt, gelingt ihm die Darſtellung in und mit ihr in einer Weiſe, mit der alle Kunſt und

Ueberlegung der abstracten Periode sich nicht messen kann. Ein einziges Zeichen erschließt ihm das Wesen des Verhältnisses oft besser und hält es ihm gegenwärtiger und geläufiger, als alle Worte es vermöchten. Was er ergreift und faßt, ist allerdings zunächst nur das Aeußere, die Schale, allein unbewußt hat er in ihr ein geistiges Samenkorn in sich aufgenommen, das auch auf minder günstigem Boden seine Triebkraft entfaltet, das unvermerkt keimt und sproßt, dem Gemüthe eine gewisse Stimmung, der Phantasie Nahrung verleiht und so dem Geiste nach und nach eine Ahnung des Gedankens zuführt, den es in sich birgt.

Zeichen und Handlungen, die diesen Zweck haben, einen geistigen Inhalt in jener Weise sinnlich darzustellen, heißen bekanntlich *symbolische*. Symbol ist ein sinnliches Ausdrucksmittel für etwas *Uebersinnliches*; wo das Auszudrückende seinerseits wieder etwas *Sinnliches* ist, wie z. B. wenn im römischen Recht[672]) bei der Vindication das Grundstück durch eine Scholle oder im germanischen Recht bei der Tradition durch Rasen und Zweig[673]) vertreten wird (Pars pro toto), sollte man den Ausdruck vermeiden (sonst könnte man auch das Gemälde oder die Skizze ein Symbol des Gegenstandes nennen, den sie darstellen sollen), und ich werde für diese letztere Art im Folgenden den Ausdruck: *repräsentative* Darstellung gebrauchen. Der Speer war ein *Symbol* des Eigenthums, denn es drückte etwas Inneres, Geistiges aus: die rechtliche Macht und Herrschaft des Eigenthümers, dagegen der Stab, dessen man sich an seiner Statt bediente, kein Symbol, sondern ein Surrogat des Speeres.[674]) Nicht minder der Scheingang zum Grundstück, zu dem der Prätor bei der Vindication die Parteien aufforderte,[675]) keine symbo-

672) Gaj. IV, 17.

673) J. *Grimm*, Deutsche Rechtsalterthümer S. 111 fl., 121 fl. Auch im englischen Recht, *Gundermann*, Engl. Privatrecht I S. 206 (ein Thürring oder Riegel, ein Baumast, Zweig, ein Stück Rasen vom Lande).

674) Gaj. IV, 16.

675) Cic. pro Murena 12: Inite viam . . . redite viam.

lische Handlung, sondern eine Scheinhandlung (§. 46), sie sollte etwas Aeußeres: das wirkliche Gehen zum Grundstück vorstellen und ersetzen. Ebensowenig verdient daher das Geschäft per aes et libram den Namen einer symbolischen Zahlung, denn das, was hier angedeutet werden soll: eine Zahlung in alter Form ist wiederum etwas Aeußeres. Man müßte sonst die 30 Lictoren, welche in späterer Zeit bei der Arrogation die 30 Curien repräsentirten, eine symbolische Volksversammlung nennen. Dagegen war es eine symbolische Handlung, wenn der Sklav bei der Freilassung sich herumdrehen mußte, denn diese Veränderung seiner äußern Stellung (des status im natürlichen Sinn) sollte ein Zeichen sein für die seiner inneren (des status im juristischen Sinn). Ich will übrigens nicht verkennen, daß sich die Gränzen zwischen den symbolischen und repräsentativen Handlungen im einzelnen Fall sehr verwischen können, und habe gegen die eben gerügte Ungenauigkeit im Gebrauch des erstern Ausdrucks nichts zu erinnern, wenn man sich nur des Unterschiedes beider Arten von Handlungen dabei bewußt bleibt.

Symbole und symbolische Handlungen sind die Sprache des kindlichen Geistes — eine Hieroglyphenschrift, deren er sich bedient, weil er die Buchstabenschrift der abstracten Darstellung noch nicht erfunden, für sie noch kein Verständniß hat. Allein es ist doch nicht die Noth allein, die ihn zu dieser Zeichensprache treibt, nicht das bloße Unvermögen oder die Unbeholfenheit des abstracten Ausdrucks, sondern es ist zugleich das sinnige Behagen, das poetische Wohlgefallen an der sinnlichen Gestaltung des Geistigen, es ist der Reiz der Plastik des Gedankens. Denn zunächst treffen wir jene Darstellungsweise keineswegs bloß bei solchen Gedanken an, die durch ihre Tiefe zum Gebrauch derselben nöthigen. Der geistige Kern des Symbols ist nicht selten ein so platter und dürftiger, daß auch die Mittel einer noch so wenig entwickelten Sprache zur Formulirung desselben vollkommen ausgereicht haben würden. Ja manche Formen — ich erinnere z. B. an die repräsentativen — schließen überhaupt gar keinen Ge-

banken in sich. Und sodann: wäre es bloß jener Grund allein gewesen, so müßte der Fortschritt der geistigen Entwicklung oder, was dasselbe, die Ausbildung der Sprache — denn was der Geist erwirbt, bucht die letztere — eine allmählige Verdrängung der Formensprache nach sich gezogen haben, auf der Höhe der Cultur müßten alle Reste der naiven Periode abgethan sein, und die Form, insoweit nicht, wie im Recht, ein praktisches Motiv ihr das Dasein fristet, dem nackten, dürren, abstracten Gedanken Platz gemacht haben. Dies ist aber keineswegs der Fall.

Also: der Formalismus ist nicht bloß ein Nothbehelf des nach dem Ausdruck ringenden Geistes, er hat nicht bloß seinen Grund in der ursprünglichen Unvollkommenheit der Sprache. Zu diesem ersten Motiv seines historischen Auftretens, das sich mit der Kindheitszeit der Völker erschöpft, gesellt sich vielmehr noch ein zweites, das dieselbe weit überdauert. Es ist das so eben angegebene: das Wohlgefallen an der Aeußerlichkeit, die Freude am Sinnlichen, kurz der Formsinn (S. 503).

Die Anziehungskraft, welche die Form in dem obigen Sinn d. h. die traditionelle, typische Darstellung der Gefühle und Gedanken durch das plastische Medium von Handlungen und Zeichen auf den menschlichen Geist ausübt, ist mannigfaltiger Art. Fesselt sie den poetischen Sinn von der rein ästhetischen Seite durch das plastische und dramatische Element, mit dessen Hülfe sie die Vorgänge des Lebens zu verschönern weiß, so empfiehlt sie sich dem nüchternen, verständigen Sinn von der praktischen Seite durch die Ordnung, Regelmäßigkeit, Gleichmäßigkeit, Sauberkeit des menschlichen Seins und Thuns, und von der ethischen Seite endlich gewinnt sie das Gemüth für sich, indem sie dasselbe mit dem Gefühl des Ernstes und der Feierlichkeit durchdringt, den Handelnden über sich selbst und das rein Individuelle und Vergängliche seiner momentanen persönlichen Situation auf die Höhe der allgemein menschlichen, typischen Bedeutung des Akts erhebt, ihn mit denen, die vor ihm da waren und nach ihm da sein werden, in eine weihevolle Verbindung bringt.

Dieſe Mannigfaltigkeit der Anknüpfungspunkte, welche die Form dem menſchlichen Geiſte darbietet, iſt maßgebend für die ſpecielle Geſtaltung, die ſie ſowohl bei den verſchiedenen Völkern und auf den verſchiedenen Culturſtufen als auf den verſchiedenen Gebieten, Kreiſen, Sphären des menſchlichen Denkens, Fühlens und Lebens annimmt. Die Formen bei einem Volk von überwiegend verſtändiger Art tragen einen andern Charakter als die bei einem mehr poetiſchen, die des Rechts einen andern als die des religiöſen Cultus. Dazu geſellen ſich ſodann noch gewiſſe der Form an ſich fremde Elemente: der mehr conſervative oder bewegliche Charakter des Volks oder Kreiſes, bei dem ſie gelten, die äußeren Verhältniſſe deſſelben, die locale Abgeſchiedenheit (z. B. der Bergleute), die abſichtliche Abſperrung deſſelben (z. B. die der Zünfte in den letztverfloſſenen Jahrhunderten) und endlich der Einfluß der Religion (Katholicismus und Calvinismus).

Für die richtige Einſicht in das Weſen und die Motive des Formalismus im höchſten Grade lehrreich iſt eine Erſcheinung, der wir im Folgenden eine nähere Betrachtung widmen wollen; wenn irgend etwas, ſo legt ſie von der Macht, welche die Form auf das menſchliche Gemüth ausübt, Zeugniß ab. Es iſt dies die Entſtehung, beziehungsweiſe die Fortdauer von Formen, die ſei es von vornherein der innerlichen Bedeutung entbehrten, ſei es ſie hinterher wieder eingebüßt haben — der reine, nackte Cultus der Form als ſolcher.

In der römiſchen Welt, ſowohl im Recht, als in der Sitte des Lebens und dem religiöſen Ritus, und im heutigen England, begegnet uns häufig eine Art von Formen, die ich reſiduäre nennen will.[675a]) Die Formbildung erfolgt bei ihnen in der

675a) Rerum simulacra gestarum sacrorum consecratis in ritibus, wie Arnobius adv. gent. V. 1 ſich ausdrückt; ähnlich Tacitus Ann. VI. 11 von dem praefectus urbi feriarum latinarum causa (Mommſen, Röm. Staatsrecht I S. 168) simulacrum durat. Gajus II, 103: dicis gratia propter veteris juris imitationem, mit Bezug auf den familiae emtor; Cic. de leg. agr. II, 12, 31 mit Bezug auf die repräſenta-

Weise, daß Einrichtungen, Handlungen, Gebräuche oder Elemente derselben, die bis dahin durchaus keinen formellen Charakter hatten, vielmehr durch die damaligen Zustände des Lebens, durch den Stand der Fabrication, des Gewerbes, Landbaus, durch die Mode u. s. w. gegeben und geboten waren, für gewisse Gelegenheiten und Verhältnisse als Solennien beibehalten wurden, während sie im ernstlichen Gebrauch des Lebens durch den Wechsel der Mode oder durch die Fortschritte der Technik verdrängt wurden.[675b]) Dadurch wird, was bis dahin keine Form, sondern ein flüssiges, freies Stück des damaligen Lebens war, zur reinen Form — ein versteinertes Stück Vergangenheit, das oft seltsam in die spätere Zeit hineinragt. Der Sprecher des englischen Unterhauses trägt bekanntlich noch bis auf den heutigen Tag seine aus früherer Zeit stammende gewaltige Perücke; während dieselbe von den andern Köpfen verschwand, ist sie auf dem seinigen als „residuäre Perücke" sitzen geblieben — ein Beispiel, zu dem auf dem Continent Hamburg ein Seitenstück gibt, das sich ebenfalls für gewisse Gelegenheiten z. B. Leichenbegängnisse die residuären Perücken nicht hat nehmen lassen.

Die älteste Getreideart, welche die Römer oder ihre Vorfahren bauten, war der Spelt (far), die älteste Art des Brodes der Teig (puls). Im Leben hatten beide längst anderen Arten und Zubereitungsweisen Platz gemacht, allein im religiösen Ritus und namentlich auch bei Eingehung der Ehe durch Confarreation hielt man an jenen fest.[675c]) In uralter Zeit hatte man sich

---

tive Darstellung der Curiatcomitien durch die Lictoren: ad speciem atque usurpationem vetustatis.

675b) Ebenso in der Sprache. So haben sich z. B. im englischen Proceß eine Menge von Wendungen und Ausdrücken aus der Normannenzeit erhalten, die man im gewöhnlichen Leben nicht mehr kennt. So muß noch heutigen Tages der Türke die beiden Suren, welche jedem Gebet vorangehen, nach alter Weise in arabischer Sprache lesen, von Tornauw Moslemitisches Recht S. 39.

675c) Plin. H. N. XVIII, 19. Arnob. VII, 26.

zum Schneiden in Ermangelung von Meſſern und Scheeren des Speeres bedient, und ſo auch der Bräutigam bei Eingehung der Ehe, um der Braut das Haar zu ſchneiden; überall war der Speer gewichen, allein in den Händen des Bräutigams blieb er (hasta caelibaris). Ebenſo verhielt es ſich mit dem Kopftuch der Braut (flammeum). Die Mode kannte längſt beſſere Gewebe, aber die Braut bei der Hochzeit und die Prieſterin durften ſich von der älteſten Form nicht losſagen,[676] ſo wenig wie die Prieſter von wollenen Bekleidungsgegenſtänden[676a] und bei der Hausſuchung nach geſtohlenen Gegenſtänden bedurfte es noch in ſpäterer Zeit für den Suchenden des uralten Schurzfells (licium, linteum). Vor Einführung des geprägten Geldes war man gezwungen, das Metall zuzuwägen — durch jene Maßregel ward man deſſen überhoben; allein im Nexum und in der Mancipation behielt man, wenn auch nicht das Wägen ſelbſt, ſo doch das Erz und die Wagſchale bei (§. 46). Das älteſte von allen Ueberbleibſeln der Vorzeit war der Feuerſtein (silex), deſſen man ſich bei Abſchluß von völkerrechtlichen Verträgen zum Schlachten des Opferſchweines bediente (Liv. I 24); er ſtammt noch aus der Steinzeit, alſo aus der Zeit vor der Trennung der indogermaniſchen Völker, denn bei der Trennung waren ſie bereits im Beſitz des Erzes[676c].

676) Ueber dieſe von den Hochzeitsgebräuchen hergenommenen Beiſpiele vergl. Roßbach Unterſuchungen über die röm. Ehe. S. 104, 282, 291. Ein anderes Beiſpiel bei Plin. Hist. Nat. XXXIII, c. 4 .. quo argumento etiam nunc sponsae muneri ferreus anulus mittitur isque sine gemma.

676a) Serv. ad Aen. XII, 120.

676b) Gall. XI, 18 §. 9. XVI, 10 §. 8. Fest. sub Lance (Müller p. 117) Gaj. III, 193. Zu ſeiner Zeit war der Ausdruck ſchon abſolet („quid sit autem linteum, quaesitum est"). Im religiöſen Ritus wiederholt ſich das Linteum noch zu Arnobius Zeit, ſ. deſſen Metam. lib. XI (ed. Bip. p. 272 „linteo et rudi me contectum", p. 276 „linteis intectum"). Ueber dieſe Form der Hausſuchung ſ. II 159 Note 208.

676c) Erz = ſanskr. ayas, lat. aes, goth. aiz, angelſächſ. ar, altnord. eir, althochd. er.

In allen diesen Fällen, die sich noch durch manche vermehren ließen, [676d]) hatte die Form von vornherein nicht die geringste innere Bedeutung, sie war ein bloßer Niederschlag vergangener Zustände, ein reines Caput mortuum. Was verhalf ihr nun zu diesem Leben als Form? Die bloße Vis inertiä, die Macht der Gewohnheit? Mögen wir immerhin so sagen, aber übersehen wir nur nicht, daß die Macht der Gewohnheit ihrerseits subjectiv eine der Form geneigte Stimmung voraussetzt. Bei einem gleichgültigen Verhalten des Geistes gegen das Moment des Aeußerlichen würde das Alte, nachdem es einmal der Sache nach und in der praktischen Anwendung dem Neuen Platz gemacht, es auch der Form nach gethan haben. Uebrigens können solche residuäre Formen möglicherweise auch dadurch ihr Leben gefristet haben, daß eine spätere Zeit, der die Erinnerung ihres historischen Ursprungs abhanden gekommen ist, künstlich in sie eine symbolische Bedeutung hineinträgt, die ihnen ursprünglich völlig fremd war, und ich bin überzeugt, daß eine Menge von Formen von uns als symbolische angesehen werden, die von Haus aus nichts waren als residuäre. [677])

Wenn die residuären Formen ein Stück der Vergangenheit selber in versteinerter Gestalt aufbewahren, so erhalten die repräsentativen Formen wenigstens die Reminiscenz der-

676d) S. z. B. bei Lange, Ueber die Transitio ad plebem, Leipz. 1864 S. 46 Anm. 2, wo auch auf den rex sacrificulus als „residuären Scheinkönig" verwiesen wird. — Eine eigne Art der residuären Scheinakte bilden solche Handlungen, welche ursprünglich ganz von dem freien Entschluß abhingen, später aber durch Anordnung ihrer gesetzlich nothwendigen Vornahme d. h. durch Erklärung ihrer materiellen Ueberflüssigkeit in bloße Scheinakte verwandelt wurden. Ein Beispiel aus heutiger Zeit gewähren die Huldigungsakte, Beispiele aus dem römischen Alterthum die lex Publilia über die Ertheilung der patrum autoritas (Liv. VIII. 12), die lex Maenia (Cic. Brutus 14, Liv. I 17, der auch die Bedeutungslosigkeit des Aktes selber hervorhebt: usurpatur idem jus vi adempta), die tutela mulierum der spätern Zeit (Gaj. I. 190).

677) So ist z. B. die Auffassung, deren Puchta Curs. der Instit. B. 2 §. 162 Note *m* gedenkt, nicht so weit wegzuwerfen, als er es thut.

selben. An Stelle der bisherigen Weise, die man gezwungen ist ganz oder zum Theil zu verlassen, wird eine bequemere, zeitgemäßere Nachbildung gesetzt und zwar lediglich als Form, lediglich des Aeußern wegen — eine Concession, durch die man sich unbeschadet der Forderungen des Lebens mit dem an dem Aeußerlichen haftenden Sinn abfindet.

So lange die römische Herrschaft sich auf ein kleines Stadtgebiet beschränkte, war es ausführbar, daß bei der Vindication eines Grundstücks der Prätor sich mit den Parteien an Ort und Stelle verfügte. Als dies Gebiet sich beträchtlich erweiterte, mußte man die Einrichtung fallen laßen. Indem man sich aber einerseits der Nothwendigkeit fügte, wußte man doch andererseits den Schein und die Erinnerung der alten Einrichtung dadurch aufrecht zu erhalten, daß man das Grundstück durch eine von den Parteien geholte Scholle vor Gericht repräsentiren ließ. Man ermöglichte dadurch zugleich die Beibehaltung der auf die Anwesenheit des Grundstücks berechneten Vornahmen und Formeln. Die Arrogation geschah in alter Zeit in den Curiatcomitien unter der Mitwirkung der Pontifices durch einen förmlichen Volksbeschluß. Auch diese Einrichtung ward später unhaltbar, und wahrscheinlich kam sie einfach dadurch ab, daß das Volk aus Mangel an Interesse wegblieb. Bekanntlich wurden von da an die Arrogationen lediglich durch die Pontifices vollzogen — denn daß die Lictoren ihnen gegenüber kein selbständiges Entscheidungsrecht hatten, bedarf nicht der Bemerkung — allein da es einmal eines Beschlusses der Curiatversammlung bedurfte, so half man sich dadurch, daß man die 30 Curien durch 30 Lictoren vertreten ließ. Der Sache nach war die alte Einrichtung aufgegeben, aber bis zu einem gewissen Grade war doch der äußere Schein derselben gerettet. [678])

Das Verhältniß, das wir hier zu betrachten haben: die Fortdauer des Aeußern als leere Form nach Absterben des Innern,

678) Andere Beispiele s. B. 1 S. 351 u. oben S. 506; s. auch Demelius, die Rechtsfiction, Weimar 1858 S. 1—15.

ist sowohl bei Formen als bei Einrichtungen möglich. Bei ersteren — nämlich wenn symbolische Formen sich überlebt haben, d. h. subjectiv, sei es kein Verständniß, sei es keinen Glauben mehr finden. Bei diesen — wenn sie ihre praktische Wahrheit und Bedeutung verloren haben, z. B. dadurch, daß die freie Handlung in eine nothwendige verwandelt (Note 676c), oder an die Stelle der Leistung, auf die das Gesetz, der Richterspruch, der Vertrag lautet, in der Ausführung eine andere gesetzt worden ist,[679] u. s. w. Als letzter Rest der alten Einrichtung bleibt nicht selten das nackte, bloße Wort, die Formel, der Name, ungeachtet die Sache selbst eine völlig andere geworden ist. Der Wein, der in den Tempel der Ops gebracht ward, kam, wie Macrobius berichtet,[680] nicht unter seinem eigenen Namen hinein, sondern als „Milch", das Gefäß ward „Honigtopf" genannt, was darauf hinweist, daß in dem Tempel ursprünglich nur Milch und Honig zugelassen war. In alter Zeit wurden in England die Oberrichterstellen nur mit Lords besetzt, dies änderte sich später, allein der Name und die Anrede: Lord Oberrichter ist bis auf den heutigen Tag geblieben, und auch unsere heutigen Ordensritter haben von den alten Rittern nichts als den Namen.[680a])

Diese Anhänglichkeit an die gewohnte, aber aller innern Bedeutung beraubte Form, dieser Cultus der nackten Aeußerlichkeit erscheint auf den ersten Blick als etwas völlig Werthloses und

---

679) So z. B. statt der Talion eine Geldstrafe (B. 1 S. 138), statt der Schaafe oder Rinder, worauf die alte Multa lautete, die durch die lex Aternia Tarpeja, bez. Papiria tarifirte Summe um 10 oder 100 As. So wird namentlich auch heutzutage noch an einigen Orten und Ländern (z. B. Schweden) in gewissen Fällen Todesstrafe erkannt, wo praktisch hinterher eine unbedeutende Geld- oder Gefängnißstrafe an die Stelle gesetzt wird.

680) Saturn. I, 12. Plin. H. N. XIV. 14 Romulum lacte, non vino libasse. Auch der Ceres durfte nicht mit Wein libirt werden. Macr. III, 11.

680a) Andere Beispiele: die Beibehaltung des Ausdrucks aedes in den hergebrachten Formeln auch da, wo er nicht paßte (Varro de L. L. V. §. 160), des Ausdrucks pascua (Plin. H. N. XVIII. 3), die Anwendung des Ausdrucks judices auf die Consuln (Varro VI. 88) u. a.

Verwerfliches, und die seichte Weisheit der Aufklärungsperiode hat ihn von den Tagen des Cicero an (Anm. 610) bis auf unsere Zeit hinab als vogelfreien Gegenstand des Witzes betrachtet. Es wäre verdienstlicher gewesen, die Sache zu begreifen, als zu verspotten. Sie hat eine höchst ernste Seite, und ich nehme nicht Anstand, in ihr eine der bedeutungsvollsten culturhistorischen Erscheinungen zu erblicken.

Die Sicherheit und Festigkeit eines jeden Fortschritts beruht auf der historischen Continuität, auf dem innigen Zusammenhang der Gegenwart mit der Vergangenheit. Zu den Fäden und Anknüpfungspunkten aber, durch welche diese Continuität vermittelt wird, gehört vor allen die Form, denn während die innern, sachlichen, historischen Anknüpfungspunkte dem Bewußtsein der Menge immer mehr entschwinden und nur einer kleinen Zahl von Kundigen geläufig bleiben, so ist die Form als etwas Sichtbares und stets sich Wiederholendes die hauptsächlichste Trägerin des historischen Continuitätsbewußtseins des Volks. Je mehr sich in den Formen irgend eine späterhin verschwundene Eigenthümlichkeit ausgeprägt hat, der sie ihre Entstehung verdankten, sei es der Verfassung, sei es der Sitte, Mode u. s. w., je fremdartiger sie also den Beschauer anmuthen und in ihm das Gefühl der *historischen Ferne* hervorrufen, wie etwa die Bilder der Ahnen durch längst abgekommene Trachten und Moden, um desto mehr *verbinden* sie ihn andererseits mit der Vergangenheit, indem sie ihm dieselbe in anschaulicher und charaktervoller Weise vorführen, indem sie die Erinnerung der alten Tage, das Gedächtniß der Ahnen im Volk wach und lebendig halten und damit jene maßvolle Stimmung und Haltung in den praktischen Fragen der Gegenwart hervorrufen, die wir mit Recht an den alten Römern und an den Engländern bewundern. Das Festhalten an den überkommenen Formen, selbst nachdem sich dieselben überlebt haben, ist wie einerseits ein Ausfluß, so andererseits eine unversiegbare Quelle jenes historischen Sinns, ohne den in Staat und Kirche noch nie ein fester Bau gelungen ist.

Zu diesem erſten Grunde, der den hiſtoriſchen Sinn die Formen als ſolche lieben, ſchätzen und pflegen lehrt, dieſem, wenn ich ſo ſagen darf, allgemein pädagogiſchen Werth derſelben für den Volkscharakter geſellt ſich als zweiter hinzu der erhaltende Einfluß, den die Formen auf die Ideen, Einrichtungen u. ſ. w. ausüben, die in ihnen ihren äußern Ausdruck finden. Je kräftiger dieſe ihre Außenſeite entwickelt iſt, deſto höher ihre eigene Lebenskraft. Denn mit den Formen ſchmiegen und klammern die Ideen und Einrichtungen ſelber ſich feſt an die ſinnliche Welt, an die Weiſe des Lebens, an das Erinnerungsvermögen des Auges, an die Macht der äußeren Gewohnheit. Wird dadurch ſchon unter gewöhnlichen Umſtänden ihre Exiſtenz und Kraft beträchtlich geſichert und erhöht, ſo gewinnt der Rückhalt, den ſie an dieſen Formen beſitzen, einen geſteigerten Werth in der Stunde der Gefahr. Für alle Ideen — ich habe im Folgenden vorzugsweiſe, aber nicht ausſchließlich die religiöſen im Auge — für alle Ideen alſo gibt es Perioden der vorübergehenden Lauheit und Gleichgültigkeit der Maſſen, des Ermattens und des Abfalls, Perioden der Prüfung, in denen es ſich für ſie um Sein und Nichtſein handelt. Ideen, die rein auf ſich ſelbſt geſtellt ſind d. h. jenes Rückhaltes der Form entbehren, verlieren mit der moraliſchen Macht über die Gemüther zugleich ihre Exiſtenz, ſie gehen unter, indem ſie dem Volk abhanden kommen, und es koſtet, wann die feindliche Strömung der Zeit ſich verlaufen, neue Anſtrengungen und Kämpfe, ſie wieder ins Leben zu rufen — eine neue Geburt und neue Geburtswehen. Anders aber bei denjenigen, die ſich in feſten, äußern Formen verkörpert haben, denn die Form hat, wie alles Niedere im Vergleich zum Höheren, eine zähere Lebenskraft; ſie kann, was die Idee nicht kann: vegetiren d. h. fortdauern ohne Verſtändniß. Als ein gleichgültiges Stück des äußern Lebens durch die Macht der Gewohnheit beibehalten, nachdem die Idee, die ihr innewohnt, dem Verſtändniß der Maſſe abhanden gekommen iſt, vegetirt hier die Form noch fort — eine todte, leere Schaale, ſcheinbar ohne jede Berechtigung und ohne jeden

Werth. Da erheben sich denn nicht selten die Klugen und Gescheuten und nennen das ganze Wesen Lug und Trug und begehren, daß was innerlich abgestorben und todt sei, auch äußerlich abgethan, begraben werden solle. Aber wo ein Volk jenen Sinn und jene Empfänglichkeit für die Form besitzt, die ich oben als Formsinn bezeichnet habe, hält es dennoch im richtigen Instinct an der als todt geschmähten Form zähe fest. Und es thut wohl daran! Denn jener angebliche Tod der Form, jene innere Entseelung derselben ist mitunter nur ein Scheintod — ein Winterschlaf in öder, dürrer Zeit, dem das erste Wehen des Frühlingshauchs ein Ende macht. Auf der todten Form beruht hier nicht selten die Möglichkeit neuen Lebens. Sie abthun, heißt unter diesen Umständen nicht einen entseelten Körper bestatten, sondern die Larve zerstören, welche den künftigen Schmetterling in sich birgt.

In diesen Lagen also, wo die Form scheinbar allen und jeden Werth verloren hat, entfaltet sie umgekehrt ihre höchste Brauchbarkeit, leistet sie der Idee den unschätzbarsten Dienst. Das Fortvegetiren der Form wird hier in den Händen der Geschichte das specifische Mittel, um die Möglichkeit des Wiederanknüpfens, die Continuität der historischen Entwicklung zu sichern. Möge immerhin in den bei weitem meisten Fällen was todt scheint, auch todt sein und bleiben, der Geist und das Leben nie wieder in die entseelten Formen zurückkehren — wer die Gefahr, den Scheintod für den Tod anzusehen, vermeiden will, kann es nur um den Preis, daß er im zweifelhaften Fall den Tod zunächst nur als Scheintod betrachtet.

Die bisherige Ausführung hat uns gelehrt — und ich fasse damit die beiden Theile derselben unter einen Gesichtspunkt zusammen — daß das Festhalten an den Formen als solchen nicht etwas rein Aeußerliches und Werthloses ist, sondern ein Ausfluß und wesentliches Förderungsmittel des Zuges nach der historischen Continuität der Entwicklung. Darum eben finden wir diese Eigenschaft bei denjenigen Völkern am stärksten entwickelt, die sich

durch dieſen Zug am meiſten hervorthun, und zu ihnen gehörte vor allen das römiſche.

2. Der Formalismus des ältern Rechts.

Extenſive Erſtreckung der Form — Ueberſicht der formellen Geſchäfte — die Scheingeſchäfte, Begriff, Arten und Behandlung derſelben von Seiten der ältern Jurisprudenz — die mancipatio, in jure cessio, stipulatio.

XLVI. Hätte uns die Geſchichte jede directe Auskunft über das Verhalten des ältern Rechts zum Formalismus vorenthalten, die übrigen Theile des römiſchen Alterthums würden uns Anhaltspunkte in Genüge gewähren, um dieſe Lücke vollſtändig zu ergänzen. Die Luſt und Liebe zu der Form, das Streben, das menſchliche Thun und Treiben in feſte Formen zu bringen, das Unſichtbare ſichtbar zu machen, kurz der Zug zum Formalismus geht durch die ganze römiſche Welt. Wenden wir unſern Blick zunächſt dem Religionsweſen zu, ſo hatte alles, was mit ihm zuſammenhängt: der religiöſe Cultus, das Opfer, das Gebet, das Gelübde, die Auſpicien, kurz jede Berührung mit den Göttern ihre feſtbeſtimmten Formen und Formeln. In ebenſo abgemeſſenen Formen bewegte ſich das öffentliche Leben, daheim wie nach außen, in der Volksverſammlung wie in der Curie, im Krieg wie im Frieden.[680b]) Derſelbe Zug nach der Form beherrſchte das Privat-

---

680b]) Th. Mommſen, römiſche Forſchungen B. 1 S. 336 und die Stadtrechte von Salpenſa und Malaca S. 467 hat für den internationalen Verkehr und die Rechtsgeſchäfte des Staats mit den Privaten das Gegentheil behauptet; meines Erachtens nicht mit Recht. Das alte Fetialenrecht war durch und durch formell, und wenn auch auf die Rechtsgeſchäfte des Staats mit den Privaten nicht diejenigen Formen Anwendung fanden, welche letztere unter ſich zu beobachten hatten, ſo doch andere, nicht minder feſt beſtimmte Formen. Von den Verträgen des internationalen jus gentium wird an anderer Stelle die Rede ſein. Gegen Mommſen erklärt ſich auch Huſchke, Die Multa und das Sacramentum, Leipzig 1874 S. 14 Note 15.

leben, die Sitte des Hauses, das Auftreten in der Gesellschaft, den Verkehr. An dem Kleide, das er trug, erkannte man den Freien und Sklaven, den Mündigen und Unmündigen, den patricischen und plebejischen Senator, den Ritter und gewöhnlichen Bürger, den Magistrat in Rom und auf dem Marsch, den Bewerber um ein Amt, den in Anklagestand Versetzten, den Exilirten,[680c]) kurz die Tracht verkündete Rang, Stand, rechtliche Stellung.

Doch die Geschichte hat es uns erspart, uns auf diesem Umwege die Auskunft über das Recht zu holen, und wenn ich der Möglichkeit desselben überhaupt gedachte, so geschah es nur, um den Formalismus des Rechts in den Gesammtzusammenhang des römischen Lebens einzureihen und ihn dadurch in ein helleres Licht zu setzen.

Eigenschaften der Völker und Individuen sind in ihrem letzten Grunde gegebene Thatsachen, die man nicht weiter analysiren, begründen oder erklären kann. Dies schließt aber nicht aus, daß man nicht des Einflusses gedenken dürfte, den gewisse Umstände auf die Ausbildung derselben gewonnen haben, und noch weniger, daß man nicht den Bezügen, in denen diese Eigenschaften untereinander stehen, nachforschen dürfte. Immerhin also mögen wir in der starken Entwicklung des Formsinns eine hervorstechende national-römische Eigenschaft erblicken — dies soll uns nicht abhalten, auch jene mitwirkenden Umstände zur Unterstützung heran zu ziehen. Solche der Form verwandte und förderliche Eigenschaften des römischen Volkscharakters und Thatsachen der römischen Welt haben wir im Verlaufe unseres Werkes bereits mehrere kennen lernen und bei Behandlung derselben nicht unterlassen, ihre innern Bezüge zum Formalismus hervorzuheben. Es waren 1) die militärische Disciplin (I, S. 264); 2) die Freiheit (oben S. 471); 3) der conservative Sinn

680c) Plin. ep. IV c. 11 carent togae jure, quibus aqua et igni interdictum est.

(B. 1. S. 334 u. oben S. 515); 4) die Tendenz der abstracten Gleichheit (B. 2 §. 29 und oben S. 477).

Ich beschränke mich im Folgenden auf die Darstellung des Formalismus im ältern Privatrecht und Proceß, und ich fasse mein Urtheil über die Bedeutung, welche ihm auf beiden Gebieten zustand, in die Behauptung einer exclusiven Herrschaft zusammen. Die Behauptung wird sich auf allgemeinen Widerspruch gefaßt machen müssen; ich beuge zunächst einem Mißverständnisse derselben vor. Meine Meinung geht nicht dahin, als ob nicht von jeher in Rom formlose Geschäfte vorgekommen seien, denen die Sitte, Treue, Ehre, die Rücksicht auf den eigenen Credit Schutz gewährten. Ich gebe nicht bloß diese Thatsache bereitwilligst zu, sondern ich erblicke in ihr sogar ein wesentliches Complement des ältern Rechts. Allein das, warum es sich bei der obigen Behauptung allein handelt, ist die rechtliche Wirksamkeit der Geschäfte, ihre gerichtliche Erzwingbarkeit, und ich kann diese läugnen und läugne sie, ohne jene Thatsache in Abrede zu stellen. Sodann aber muß ich ferner zwei Verhältnisse, die man versucht sein könnte meiner Behauptung entgegenzustellen, als gar nicht hierher gehörig ausscheiden. Zunächst den Besitz. Der Besitz als rein thatsächliches Verhältniß schließt seinem Begriff nach die Form aus. Wie er immerhin auch entstanden sein möge, ist gleichgültig; er ist da, und dies genügt. Sodann die Condictionen. Sie stützen sich ebenfalls auf ein thatsächliches Moment, nämlich auf das rein sachliche (von einer Willensthätigkeit unabhängige) Moment der Vermögensbereicherung ohne Grund. Es ist nicht der Träger der Form: der Wille, sondern das Haben, die res, welche hier die Klage begründet. Ich würde dieses Verhältnisses gar nicht gedenken, wenn nicht in manchen Fällen der Schein entstände, als ob der Wille ein wesentlicher Factor sei. Eine condictio indebiti oder ob causam datorum ist nicht möglich, ohne daß ein Willensact zwischen Kläger und Beklagten vorausgegangen ist. Aber derselbe ist nicht selbständiger Grund der Klage, sondern letzterer besteht in der Bereicherung, die bei

Gelegenheit dieses Geschäfts eingetreten ist. Derselbe Gesichtspunkt trifft auch für das Darlehn zu. Um die Verpflichtung zur Zurückforderung zu begründen, braucht der Kläger nicht in anderer Weise das Willensmoment hineinzuziehen als bei jenen beiden Klagen. Es liegt hier wie dort eine Bereicherung vor, vermittelt durch menschliche Thätigkeit, Geben und Annehmen, der juristische Grund der Klage aber ist auch hier nicht sowohl der Wille als die res, und darum gilt das Darlehn trotz allem, was gesagt, doch nicht weiter, als so weit es gegeben ist.[681])

Allein was hilft es, den Besitz und das Darlehn abzuwehren, da nichts desto weniger noch eine stattliche Reihe von formlosen Rechtsgeschäften des ältern Rechts, nämlich alle Verträge des jus gentium übrig bleiben? Ich will die Antwort darauf zunächst aussetzen und statt dessen den Gegensatz des Formalismus und der Formlosigkeit auf dem Culminationspunkt seiner Entfaltung tabellarisch veranschaulichen. Ich habe bei der folgenden Tabelle die formlosen Geschäfte, die unzweifelhaft neuern Ursprunges sind, von denen, deren Alter zweifelhaft ist, durch eine besondere Columne getrennt.

	Formelle Geschäfte.	Formlose Geschäfte.	
	Altes Recht.	Unzweifelhaft neuern Ursprungs.	Zweifelhaften Alters.
Civilproceß.	Legisactionen u. Formularproceß.	Die extraordinaria cognitio.	
Freilassungen.	manumissio vindicta, censu, testamento.	inter amicos, per epistolam u. s. w.	
Ehe.	confarreatio.	Concubinat, als gesetzlich anerkanntes Verhältniß.	angebliche Eingehung derselben durch bloßen Consens.
Väterliche Gewalt.	arrogatio, adoptio, emancipatio.		
Manns.	coemptio.		
Mancipium.	mancipatio.		
Vormundschaft.	tutoris auctoritas.	Consens des Curators eines Minderjährigen.	

681) L. 11 §. 1 de R. Cr. (12. 1).

	Formelle Geschäfte. Altes Recht.	Formlose Geschäfte. Unzweifelhaft neuern Ursprungs.	Zweifelhaften Alters.
Eigenthum.	mancipatio, in jure cessio.	Tradition einer res mancipi (s. g. bonitarisches Eigenthum).	Eigenthumserwerb an res nec mancipi durch bloße Tradition.
Servituten.	Dieselben Akte, wie beim Eigenthum.	Tradition. (pacta atque stipulationes in den Provinzen.)	
Pfandrecht.	Ebenfalls (fiducia).	Pignus, hypotheca als dingliches Recht.	
Obligationen.	Nexum, Verbal- und Literalcontracte.	klagbare Pacta, Cession, Erlaß.	Verträge des jus gentium.
Erbrecht.	Testament.	Soldatentestament, Codicill.	
	Formeln für sämmtliche Dispositionen desselben.	Aufhebung der Formeln.	
	Legat.	Fideicommiß.	
	cretio.	Formlose Antretung. Restitution des Universalfideicommisses.	

Ueber zwei Punkte in dieser Tabelle könnte man mit mir rechten. Zunächst darüber, daß ich das pignus, das doch bis in die älteste Zeit hinaufreicht, nicht unter die erste Columne gebracht habe; der Zusatz: „als dingliches Recht" wird die obige Stellung rechtfertigen; das Vorkommen des pignus als Besitzpfandes im ältern Recht fällt unter den so eben von mir für den Besitz aufgestellten Gesichtspunkt. Sodann darüber, daß ich die formlose Antretung der Erbschaft in die zweite Columne gestellt habe. Ein Zeugniß dafür, daß sie erst der spätern Zeit angehört, gibt es nicht. Bedenkt man aber, daß kein Theil des ältern Rechts so durchweg formalistisch gestaltet ist als das Erbrecht, daß die Form und das Formelwesen gerade im Testament seine höchste Höhe erreicht, so wird die Meinung, daß dem im strengsten Styl gehaltenen ersten Akt des Erbrechts: der Testamentserrichtung als zweiter eine völlig formlose Antretung der Erbschaft gefolgt sei, geradezu als unmöglich zurückgewiesen werden müssen. Die Juri-

sten hätten dabei nicht weniger als sich selbst und ihre ganze Weise verläugnen, den Grundsatz der Symmetrie oder der Correspondenz der Form, den sie sonst bei den Rechtsgeschäften so sorgsam beachten (§ 47[b]), außer Acht lassen müssen. Daß ein römischer Jurist die hereditatis aditio unter den actus legitimi aufführt, will ich nicht in die Wagschale werfen, denn es steht dahin, ob die Verfasser der Pandekten hier nicht, wie so oft, einen antiquirten Ausdruck des früheren Rechts (cretio) mit einem noch gangbaren vertauscht haben.

Aus der obigen Tabelle ergibt sich folgendes Resultat. Alle Geschäfte, die unzweifelhaft dem ältern Recht angehören, sind formell, alle, die sicher dem neuern angehören, formlos, oder m. a. W. der Zug der frühern Zeit geht eben so entschieden auf die Form als der der spätern auf die Formlosigkeit, im neuern Recht nehmen die formlosen Geschäfte an Zahl und Bedeutung zu, und die vorhandenen formellen sterben nach und nach, erst innerlich, dann auch äußerlich ab — eine Entwicklung, welche wir im dritten System Gelegenheit haben werden zu schildern. Nur das Familienrecht bleibt, abgesehen von der angeblichen Formlosigkeit der Ehe, für deren Prüfung sich später die geeignete Stelle finden wird, von dem Gegensatz vollständig verschont, die Einwirkung der neuern Zeit äußert sich hier lediglich in Erleichterung und Abkürzung der vorhandenen Formen, bis sie schließlich völlig neuen weichen. Erst in der spätern Kaiserzeit treibt der Formalismus einen neuen Schößling aus sich heraus — einen Spätling von völlig anderm Zuschnitt, Charakter, es sind das diejenigen durch die Gesetzgebung aufgestellten Formen, welche ich oben (S. 504) als „tendentiöse" bezeichnet habe: auf dem Gebiete des Erbrechts das formelle Codicill, auf dem des Pfandrechts das pignus publicum, für die große Schenkung die Insinuation, für die Interceſſionen der Frauenzimmer das instrumentum publicum, für die Freilassung die modernen Formen u. a. Sie

681) L. 77 de R. J. (50. 17).

enthalten das Eingeständniß der spätern Zeit über die ungünstigen Erfahrungen, die sie in Bezug auf die Formlosigkeit hatte machen müssen. Da sie mit dem Formalismus des ältern Rechts in gar keiner historischen Verbindung stehen, so habe ich sie in der obigen Tabelle ganz übergangen. Bei letzterer kam es mir nur darauf an, den Gegensatz der formellen Geschäfte des älteren Rechts zu den formlosen des neuern vorläufig übersichtlich zu veranschaulichen, um dadurch für meine obige Behauptung an dieser Stelle wenigstens so viel zu erreichen, daß der Leser sein Urtheil über dieselbe vorläufig noch suspendirt, bis mir an geeigneter Stelle die Gelegenheit werden wird, den Beweis derselben anzutreten; meine Tabelle wird ihm begreiflich machen, daß sich mir die Frage aufdrängen konnte: wenn die Geschäfte der ersten Columne zweifellos dem ältern Recht, die der zweiten ebenso unbestritten dem neuern Recht angehören, sind nicht die der dritten nach ihrer innern Verwandschaft mit den letzteren ebenfalls dem neuern Recht zuzuweisen?

Es würde mir jetzt zunächst obliegen, die sämmtlichen formellen Geschäfte des ältern Rechts im Einzelnen dem Leser vorzuführen. Wenn ich dies *nicht* thue, mich vielmehr auf eine flüchtige Uebersicht derselben beschränke und nur drei von ihnen zur nähern Betrachtung heraushebe, so geschieht es, weil ich den Leser nicht mit Ausführung allbekannter Dinge behelligen will, die er in jedem Compendium der römischen Rechtsgeschichte finden kann. Dagegen bietet der Gegenstand eine andere Seite dar, welche unsere Compendien völlig mit Stillschweigen übergehen, und ich glaube ein gutes Werk zu thun, wenn ich diesen Punkt zum Gegenstand einer eingehenden Untersuchung mache. Es ist dies die *allgemeine Theorie des römischen Formenwesens*. Ueber dem *Concreten*, der Aeußerlichkeit der *einzelnen* Formen, hat unsere positive Rechtsgeschichte auch hier, wie es ja einmal ihre Weise ist, das *Allgemeine*, die Ermittlung der ihnen zu Grunde liegenden gemeinsamen Ideen und Gesetze vollständig versäumt, und ich glaube kein zu hartes Urtheil

auszusprechen, wenn ich behaupte, daß sie stellenweise eine Unkenntniß der elementarsten Grundsätze des römischen Formalismus an den Tag gelegt hat (s. z. B. Note 858, 859), wie man es nun für möglich halten sollte, und mit der gerade das naive Sicherheitsgefühl, mit dem sie das Reconstruiren römischer Formeln betrieben hat, um so greller contrastirt.

Die formellen Geschäfte des ältern Rechts lassen sich am natürlichsten nach der Kategorie der mitwirkenden Personen gruppiren, und darnach gewinnen wir folgende Classen derselben: [681a])

1. Mitwirkung des Volks: Testamentum in comitiis calatis und arrogatio; im Felde Mitwirkung des Heeres: testamentum in procinctu und adoptio pro concione [681b]);
2. Mitwirkung der weltlichen Behörden; vor dem Censor: die manumissio censu (vielleicht auch Uebertragung des Eigenthums durch Umschreibung); vor dem Prätor: die sämmtlichen legis actiones des Processes mit Ausnahme der pignoris capio; die der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Form der in jure cessio: manumissio vindicta, in adoptionem datio, emancipatio, cessio der tutela und der hereditas legitima.
3. Mitwirkung geistlicher Behörden namentlich der Pontifices und des flamen Dialis; bei eigentlichen Civilgeschäften, wie es scheint, nur in Verbindung mit dem Volk: testamentum, arrogatio oder mit Zeugen: confarreatio.
4. Mitwirkung von Zeugen, [682]) und zwar von 10: confar-

681a) Die Rechtsgeschäfte des Staats mit Privatpersonen kann ich erst an anderer Stelle berücksichtigen.

681b) Ueber letztere regelmäßig übersehene Form s. Sueton Galba 17, 18 perduxit in castra ac pro concione adoptavit.

682) Wegen der weiten Ausdehnung des Zeugengeschäfts war die Strafe der Unfähigkeit zu demselben eine der schwersten, die das Recht verhängen konnte. Der „intestabilis" war nicht bloß unfähig bei einem solchen Ge-

reatio, von 5: nexum, mancipatio, coemptio, testamentum per aes et libram, und ohne Angabe der Zahl: cretio[682a]), ſowie die Hausſuchung nach geſtohlenen Gegenſtänden[682b]). Ueber die Zuziehung derſelben zu proceſſualiſchen Handlungen iſt nicht viel bekannt, es gehören hierher der Zeuge bei der in jus vocatio, die Zeugen bei der Litis contestatio und bei dem Scheingang auf das vindicirte Grundſtück (ex jure manum consertum vocare), hier superstites genannt.

5. Oeffentliche Bekanntmachung, alſo wenn man will, Zuziehung des Publikums. Sie war in den XII Tafeln vorgeſchrieben in Bezug auf den in der Schuldhaft befindlichen Schuldner, er mußte drei Mal öffentlich ausgeſtellt werden unter Verkündigung des Schuldbetrags.[683]) Die lex Cicereja ſchrieb ſie auch für die Bürgſchaft vor,[683a]) und gewiß hat es noch manche andere Fälle gegeben.

6. Geſchäfte ohne Mitwirkung anderer Perſonen als der Parteien. Das hauptſächlichſte Anwendungsgebiet dieſer Form iſt das Obligationenrecht (Verbal- und Literalcon-

---

ſchäft als Zeuge zu fungiren, ſondern auch, es in eigner Perſon vorzunehmen, und da auch im Proceß Zeugen aufgerufen werden mußten, war er wahrſcheinlich inſoweit auch unfähig, proceſſualiſche Handlungen mit Erfolg vorzunehmen. Enthält Plautus Curc. V, 2. 24 eine Andeutung darauf? Es wird hier Jemand aufgerufen als Zeuge bei einer in jus vocatio zu dienen, und da er ſich weigert, ſtößt der Andere den Fluch gegen ihn aus: Jupiter te male disperdat, intestatus vivito d. h. doch wohl nur: möge es Dir ebenſo gehen, und Dir Niemand (unter andern auch zu einer in jus vocatio) Zeugniß gewähren. Im neuern Recht hat der Begriff der Inteſtabilität aber jedenfalls eine engere Bedeutung erhalten.

682a) Varro de L. L. VI §. 81 . . cernito i. e. facito videant te esse heredem itaque in cretione adhibere jubent testes. Cicero ad Attic. XIII 46 liberam cretionem testibus praesentibus.

682b) Gaj. III 186 . . testibus praesentibus.

683) Gell. XX 1 §. 47 . . ad praetorem in comitium producebantur, quantaeque pecuniae judicati essent, praedicabatur.

683a) Gaj. III, 123.

tract). Die tutoris auctoritas schließt sich jeder andern Form an, läßt sich also nicht als selbständige Form betrachten; daß aber auch sie eine Form war, d. h. bestimmter Worte bedurfte, halte ich für zweifellos (Note 796a).

Die Verschiedenheit der Gestaltung dieser Formen muß die Frage nach dem Grunde derselben anregen. Derselbe ist bereits oben (S. 485) kurz angedeutet, mag hier aber noch etwas genauer ausgeführt werden. Der bestimmende Gedanke dieser Verschiedenheit ist meiner Ansicht nach das Interesse. Die Stipulation und der Literalcontract beschränken ihre Wirkungen ausschließlich auf die handelnden Personen, darum machen letztere die Sache unter einander ab. Die Geschäfte der sämmtlichen fünf übrigen Kategorieen aber erstrecken ihre Wirkungen über sie hinaus, darum treten neben ihnen noch andere Personen auf. Bei einigen hat deren Zuziehung lediglich den Zweck, das Geschäft allen dabei interessirten Personen zur Kunde zu bringen, sie sind bloße Urkundspersonen, (Nr. 2, 4, 5), bei andern (Nr. 1, 3) soll diese Zuziehung ihnen selbst Gelegenheit geben, die Interessen, die sie zu vertreten haben, rechtzeitig zu wahren, ein ihnen zustehendes Widerspruchsrecht gegen das Geschäft geltend zu machen.[683b])

Aus der obigen Zusammenstellung ergibt sich, daß die Zahl der selbständigen Formen des ältern Rechts nicht gerade groß war. Die weitaus bedeutendste Stelle unter ihnen nehmen die mancipatio, in jure cessio und stipulatio ein. Denn während die übrigen sich auf einzelne bestimmte Geschäfte beschränken, so sind sie gewissermaßen abstracte, der mannigfaltigsten Anwendung fähige Grundformen, und gerade auf dieser ihrer ausgedehnten Brauchbarkeit beruht es, daß das ältere Recht mit verhältnißmäßig so wenig Formen ausreichte — ein Vorzug, den ich nach meinen früheren Ausführungen (S. 329) hier nicht weiter zu begründen brauche. Wir wollen diese drei Geschäfte einer nähern Betrachtung unterziehen.

683b) In Bezug auf das Testament verweise ich auf I, 145 fl.

Bei allen dreien spielt ein Begriff eine große Rolle, den wir bisher noch keine Gelegenheit gefunden haben genauer zu erörtern, der des Scheingeschäfts.[683c]) Die mancipatio wird uns als „imaginaria venditio" charakterisirt;[684]) in dem testamentum per aes et libram wird sogar die mancipatio selber wieder „dicis causa" verwandt — das Scheingeschäft zur zweiten Potenz erhoben! Die in jure cessio war eine Scheinvindication. Die Stipulation war zwar kein Scheingeschäft, aber in der sponsio praejudicialis des römischen Processes functionirte auch sie als solches, und so wird es sich rechtfertigen, wenn wir uns über einen Begriff, dem wir hier bei jedem Schritt und Tritt begegnen, vorher verständigen.

„Zum Scheine handeln" (dicis causa) bildet den Gegensatz zum „ernstlichen Handeln", es ist ein äußeres Handeln, Reden, dem die innere Absicht nicht entspricht, es ist also ein Begriff, der auf jedes Handeln, nicht bloß auf das juristische Anwendung findet. Bei dem Rechtsgeschäft besteht der Mangel der innern Absicht in der intendirten Ausschließung der an dasselbe geknüpften rechtlichen Wirkungen — ein Erfolg, der nur durch Einverständniß mit der Gegenpartei möglich ist. Hierauf beruht der Begriff des simulirten Rechtsgeschäfts. Ein Beispiel gewährt die Einkleidung einer Schenkung in die Form eines Kaufes. Nicht zu verwechseln mit demselben ist ein Verhältniß, das mit ihm auf den ersten Blick große Aehnlichkeit hat, nämlich die Eingehung eines Rechtsgeschäfts lediglich in der Absicht, um einzelne vielleicht ganz secundäre Wirkungen desselben zu erzielen.[685]) Als Licinius Stolo seinen Sohn emancipirte, um den Bestimmungen seines eigenen Gesetzes, der lex Licinia de modo agri, zu entgehen (S. 469), nahm er kein Scheingeschäft im juristischen Sinn vor, denn der Sohn war und blieb frei. Es fehlte dem Genann-

683c) S. jetzt die im wesentlichen sich der obigen Darstellung anschließende Ausführung von Degenkolb, Zeitschr. für R. G. B. 9 S. 128—130.

684) Gaj. I, 119. Ulp. XX, 1.

685) Eine eingehendere Behandlung dieses Verhältnisses s. B. 3. §. 57.

ten nicht an dem für die juristische Würdigung allein in Betracht kommenden rechtlichen Willen, wohl aber an der ächten ethischen Gesinnung; er nahm die Emancipation nicht ihrer selbst willen vor, sondern wegen secundärer daran geknüpfter Vortheile, es war ein sittlicher Mißbrauch des Familienverhältnisses zum Zweck der Umgehung seines eigenen Gesetzes, und darum ward er, obschon vor dem Gesetz nicht schuldig, doch von dem souveränen Volk verurtheilt.

Von dem simulirten Geschäft unterscheide ich das Scheingeschäft im technischen Sinn — ein Unterschied, auf den ich §. 58 genauer werde zurückkommen müssen, und der hier nur kurz angedeutet werden mag. Das simulirte Geschäft ist rein das Werk der Parteien, es erschöpft seine Wirksamkeit, insoweit derselben kein rechtliches Hinderniß im Wege steht, an dem einzelnen Fall. Das Scheingeschäft dagegen war eine Schöpfung des Verkehrs oder der Jurisprudenz, es war eine recipirte Geschäftsform. Historisch mag das Scheingeschäft vielfach nichts anders gewesen sein als der gewohnheitsrechtliche Niederschlag von einem zur Regel gewordenen und von der Rechtssprechung geduldeten simulirten Geschäft. Manche dieser Geschäftsformen sind gewiß aber auch von vornherein von den römischen Juristen als solche erfunden und eingeführt. In dem einen wie in dem andern Fall verdankte das Scheingeschäft seine Einführung einem bestimmten praktischen Zweck, es war etwas absichtlich Gemachtes, es war als Scheingeschäft, wenn ich so sagen darf, zur Welt gekommen. Im Gegensatz zu den residuären Scheingeschäften, welche nur das Caput mortuum früherer ernstlicher Akte sind, lediglich der historischen Vis inertiä ihren Fortbestand verdanken, keine praktischen Zwecke verfolgen, sondern bloß eine historische Reminiscenz wach erhalten, wollen wir jene Art der Scheingeschäfte als originäre bezeichnen.

Das Scheingeschäft enthielt für die ältere Jurisprudenz ein eigenthümliches Problem. Einerseits nämlich sollte der Schein wirklich vorhanden sein. Der zu erreichende Erfolg durfte

dem äußern Hergang nicht geradezu Hohn sprechen, man mußte das äußere Dekorum bis zu einem gewissen Grade wahren — kurz wie bei jeder Comödie durfte auch bei dieser juristischen die Illusion nicht gänzlich fehlen. Der Einfluß, den die Jurisprudenz dieser Rücksicht zugestand, tritt in manchen Spuren unverkennbar hervor. Zunächst verstand es sich wohl von selbst, daß das Geschäft sich nicht selbst als Scheingeschäft bezeichnen durfte. Bei der sponsio praejudicialis[686]) sollte die Summe nicht in Wirklichkeit ausgezahlt werden, allein gesagt werden durfte dies nicht — Stipulation und Urtheil lauteten auf Verpflichtung zur Zahlung.

Wenn eine mancipatio, coemptio, in jure cessio fiduciae causa vorgenommen ward, so sollte der Empfänger die Person oder Sache nicht wirklich haben und behalten, wie in andern Fällen, sondern sie je nach getroffener Vereinbarung restituiren. Allein diese Vereinbarung hatte in dem Geschäft selber (in der nuncupatio) keinen Platz, sie widersprach dem Zweck desselben; der einfachnatürlichen Vorstellungsweise wollte es nicht in den Sinn, einen Erwerb anzunehmen, wo man darüber einverstanden war, daß die Sache zurückgegeben werden solle. Die Verabredung konnte also wie bei der sponsio praejudicialis und wie auch heutzutage bei jedem simulirten Geschäft nur nebenbei d. h. außerhalb des eigentlichen Geschäfts getroffen werden.[687]) Dar-

686) Um über irgend eine Frage z. B. ob Jemand der nächste Verwandte, Eigenthümer sei, dies oder jenes gethan habe u. s. w. einen richterlichen Ausspruch zu erwirken, schloß man eine Stipulation ab, worin der Eine dem Andern unter der Bedingung, daß die (zur richterlichen Untersuchung verstellte) Thatsache wahr sei, eine beliebige Summe versprach. Diese Summe ward eingeklagt und dadurch der Richter gezwungen, die Bedingung zu untersuchen und mittelbar, indem er den Beklagten verurtheilte oder freisprach, über das Dasein oder Nichtdasein der Thatsache zu entscheiden; aber die Summe ward hinterher nicht eingefordert. Was man hier wollte, sagte man nicht, und was man sagte, wollte man nicht. Gaj. IV, 93. 94. s. oben S. 86. Keller Civilproceß §. 25, 26.

687) Besonders schlagend tritt dies hervor bei der in jure cessio. Wo hätte hier in der Vindicationsformel der Nebenvertrag stehen sollen? Welche

auf beruht der Begriff der fiducia oder des fiduciae causa abgeschlossenen Geschäfts. So erklärt es sich, daß die fiducia nur eine bonae fidei actio erzeugte, ungeachtet jene Geschäfte selbst dem strictum jus angehörten. Hätte diese Nebenberedung einen integrirenden Bestandtheil derselben gebildet, so würde die in den XII Tafeln ausgesprochene Anerkennung aller Nebenberedungen (Cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit, ita jus esto) sich auch auf sie erstreckt haben. Eben aus diesem Grunde aber theilte die fiducia Jahrhunderte lang das Schicksal aller andern Verhältnisse der bona fides, d. h. ihre Wirksamkeit beruhte lediglich auf der fides des Gegners, beziehungsweise wie bei einigen andern derselben auf der Furcht desselben vor der im Fall der Wortbrüchigkeit eintretenden Infamie; das Recht gab aus derselben keine Klage.[687a]) So erklärt es sich ferner, warum die fiducia auf die solennen Rechtsgeschäfte beschränkt war, ungeachtet Verträge desselben Inhalts ebensowohl bei der Tradition vorkommen konnten. Bei letzterer fiel das in der Form gelegene Hinderniß hinweg, sie hatten, soweit sie juristisch möglich waren, Platz im Geschäft selbst und bildeten nicht einen Vertrag neben demselben, sondern einen integrirenden Bestandtheil des Geschäfts selber.[688])

Einen fernern Ausfluß des obigen Gesichtspunkts finde ich

---

juristische Monstrosität wäre darin zum Vorschein gekommen! Für die mancipatio steht die Sache um nichts anders, und es ist keine bloße Vergessenheit, wenn Gaj. I, 132 bei Beschreibung der dreimaligen Mancipation des Sohnes das pactum fiduciae gar nicht erwähnt; es trat ja im Akt selbst gar nicht hervor. Das Kriterium des fiduciae causa geschlossenen Geschäfts lag lediglich in seinem Zweck, nicht in der Form, daher auch die Bezeichnung desselben nach diesem Moment: fiduciae causa mancipare, coemptionem facere u. s. w. Hieraus ergibt sich, wie derartige Wendungen wie res mancipatur, ut eam mancipanti remancipet (Boethius ad Cic. Top. c. 10. Orelli p. 340) quem pater ea lege mancipio dedit, ut sibi remancipetur (Gaj. I, 140) zu verstehen sind.

687a) Meine Schrift über das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Gießen 1867. S. 29—36.

688) Die im Text gegebene Deutung ist von den Römern selbst nir-

in einer Erſcheinung, die ſich auf andere Weiſe ſchwerlich wird erklären laſſen. Es geht aus verſchiedenen Andeutungen hervor, daß das als Durchgangsſtadium für gewiſſe Zwecke, alſo Scheines halber benutzte Verhältniß des mancipium und der manus [689] nicht, wie man geneigt ſein könnte zu glauben, regelmäßig bloß einen Moment beſtanden hat, ſondern ſich über eine gewiſſe Zeit, über deren Kürze oder Länge wir nichts weiteres wiſſen, ausdehnen konnte. [690] Da nun dies Durchgangsverhältniß ein reines Mittel zum Zweck war, ſo läßt ſich durchaus nicht begreifen, aus welchem praktiſchen Grunde man demſelben irgend welche Dauer hätte einräumen, und warum man nicht vielmehr z. B. die Emancipation eines Sohnes mit ihren drei-

---

gends ausdrücklich ausgeſprochen, ſie gehört zu den Dingen, die man nur finden kann, wenn man zwiſchen den Zeilen lieſt. Die herrſchende Anſicht macht die Nebenberedung zu einem Beſtandtheil des Geſchäfts ſelber, ſo z. B. Huſchke, Recht des Nexum S. 76 „weil dies Geſchäft (fiducia) auf Mancipation beruhte" und S. 117 „er gab das Grundſtück zur fiducia mit der nuncupatio"; Dernburg Pfandrecht I S. 9. — Seit dem Erſcheinen der zweiten Auflage dieſes Bandes (1869) hat meine im Text vertheidigte Anſicht eine äußere Beſtätigung erhalten durch die in Spanien aufgefundene Erztafel (mitgetheilt in dem Corp. inscr. latin. II p. 700 und von Degenkolb in der Zeitſchr. f. R. G. B. 9. S, 118, 119), auf der der Vertrag ausdrücklich als „pactum conventum" d. h. als formloſer Nebenvertrag bezeichnet wird, ſ. Degenkolb a. a. O. S. 171—179.

689) Das erſtere zum Zweck der in adoptionem datio und emancipatio (Gaj. I, 132), das letztere mit ſpäterem mancipium und Freilaſſung aus demſelben 1. zum Zweck des Wechſels der tutores legitimi (Gaj. I, 115); 2. zur Erlangung der Teſtirfähigkeit (Gaj. I, 115[a]); 3. zur Befreiung von den sacris (Cic. pro Murena c. 12). B. 3 §. 58.

690) S. z. B. Gaj. I, 135 . . . : qui ex eo filio conceptus est, qui in tertia mancipatione est. Der §. 115[b] hätte ſonſt gar keinen Sinn, ebenſo §. 118 . . nec ob id filiae loco sit; ferner §. 132 . . etiamsi nondum manumissus sit, sed adhuc in causa mancipii, und noch weniger die Bemerkung: sed in usu est eidem mancipari und die Wiederholung derſelben in Anwendung auf die dritte Mancipation. S. auch Gaj. II, 41. Darauf ſcheinen auch die „circumductiones inextricabiles" hinzudeuten, welche Juſtinian in L. 8 Cod. de emanc. (8. 49) an dem Ritual der Emancipation auszuſetzen hat.

maligen Mancipationen und Freilassungen im Lauf eines einzigen Tags hätten beschaffen sollen. Allein so sehr es sich hier auch nur um Schein-Akte und Schein-Verhältnisse handelte, so durften doch selbst sie nicht in eine reine Farce ausarten; es lag in der römischen Weise, auch eine Comödie mit einem gewissen Ernst und Anstand aufzuführen, jenen Schein-Verhältnissen also eine gewisse reale Existenz einzuräumen. [691]).

Wie rücksichtlich der äußern Form, so muß man auch rücksichtlich der innern juristischen Natur des zum Scheingeschäft verwandten Geschäfts eine gewisse Rücksicht beobachten. So konnte man z. B. die in jure cessio nicht auf Verhältnisse anwenden, bei denen eine Vindication undenkbar war, noch auch sie auf Peregrinen ausdehnen.[691a]) In einem Fall allerdings wage ich nicht zu behaupten, daß diese Gränzen inne gehalten sind, nämlich bei dem testam. per aes et libram. Eine Mancipation, die das gesammte Vermögen übertragen sollte mit Schulden und Forderungen, und die es noch dazu nicht sofort und unwiderruflich, sondern erst in der Zukunft und unter einer (stillschweigenden) Bedingung thun sollte, und aus der ferner dritte Personen, die Legatare, Rechte ableiten konnten — ein solches Geschäft war keine mancipatio mehr, sondern in der That etwas völlig Anderes geworden.

Aber eben dieses Beispiel ist recht geeignet, uns die Eigenthümlichkeit der Lage, in der sich die Jurisprudenz bei der Gestaltung des Scheingeschäfts befand, zu veranschaulichen. Der obigen Rücksicht stand auf der andern Seite eine ungleich dringlichere,

691) Beobachtet man doch auch heutzutage bei dem unvermeidlichen Avancement eines Prinzen vom gemeinen Soldaten zum General gewisse Zwischenräume, ungeachtet die Mittelstufen auch hier keine ernstere Bedeutung haben als bei der Emancipation eines römischen Haussohns, und zur Noth ebenfalls in einen Tag zusammengedrängt werden könnten. Daß letzteres in der That in späterer Zeit möglich war, zeigt Paul. S. R. II 25 §. 2.

691a) Gaj. II 65 . . in jure cessionis jus proprium est civium romanorum.

die auf den praktischen Zweck des Rechtsgeschäfts gegenüber. Man konnte letzteren nicht der bloßen Form zum Opfer bringen, sich nicht Consequenzen derselben gefallen lassen, die mit dem beabsichtigten Zweck des Geschäfts selbst im Widerspruch standen. So galt es hier denn möglichst zwischen Form und Inhalt zu vermitteln d. h. soweit dies ohne wesentliche Gefährdung wichtigerer Interessen möglich war, die Form, darüber hinaus aber die Sache zur Geltung zu bringen.

Dieses eigenthümliche Transactionssystem zwischen dem formal technischen und dem praktischen Interesse läßt sich aus den uns erhaltenen Beispielen von Scheingeschäften des ältern Rechts mit Sicherheit erkennen.

Zunächst zwei Beispiele, wo die Form den Sieg davontrug. Personen in der Gewalt konnten ihrem Herrn durch Rechtsgeschäft keine Personal- und Urbanalservituten erwerben, wohl aber Rusticalservituten.[692] Ein seltsamer Satz! Besäßen wir nicht die Lösung des Räthsels, vergebens würden wir uns an demselben abmühen, denn vom Standpunkt des materiellen Rechts aus ist der Satz schlechterdings nicht begreiflich. Die Lösung liegt in Folgendem. Rusticalservituten waren res mancipi, Urbanalservituten res nec mancipi, jene konnten durch mancipatio, diese nur durch in jure cessio erworben werden, jenen Akt konnten auch Personen in der Gewalt vornehmen,[693] diesen nicht. Warum

692) L. 12 de Serv. (8. 1) Vat. fr. §. 51.

693) Gaj. II §. 87. III 167. Vat. fr. §. 51. — Mußten sie die dabei zu sprechenden Worte auf den Herrn stellen? Daß es möglich war und zwar mit individueller Bezeichnung desselben („nomen adjectum"), zeigt der citirte §. 167 von Gajus. Als Gegensatz zu dieser individuellen Bezeichnung können wir uns ebensowohl die Stellung der Formel auf den Herrn mit abstracter Bezeichnung desselben (ajo rem domini esse) als auf den Sprechenden selbst (ajo rem meam esse) denken. Letztere Fassung hätte eine Ungenauigkeit oder richtiger Unwahrheit enthalten, denn cum istarum personarum nihil suum esse possit, conveniens est scilicet ut nihil (suum esse) in jure vindicare possint, Gaj. II, 96 und können wir hinzusetzen: ut nihil suo nomine mancipio accipere possint.

nicht? Weil er eine Scheinvindication war, die Vindication aber für diese Personen, da sie nichts Eignes haben konnten, eine Unmöglichkeit enthielt. Ganz consequent vom Standpunkt der Form aus, allein dem materiellen Wesen des Rechtsgeschäfts als eines Erwerbsaktes durchaus nicht entsprechend. So kam das wunderliche Resultat heraus, daß jene Personen ihrem Herrn durch letztwillige Verfügung eines Dritten auch diese Rechte erwerben konnten,[694]) nicht aber durch Rechtsgeschäft; daß sie Erbschaften für ihn antreten, Landgüter und alle möglichen Sachen und auch die wichtigsten der Servituten ihm verschaffen konnten, nicht aber die minder wichtigen derselben. Eben darin aber, daß es minder wichtige Rechte waren, mag der Grund gelegen haben, daß man hier von dem, was die Consequenz der Form mit sich brachte, nicht abging.

Das zweite Beispiel ist folgendes. Bei dem Testament durften alle mit dem familiae emtor durch das Band der väterlichen Gewalt verbundenen Personen (Söhne, Brüder, Vater) nicht als Zeugen fungiren,[695]) wohl aber die eingesetzten Erben und Legatare und alle ihnen in derselben Weise verbundenen Personen.[696]) Warum? Das Testament war formell ein Geschäft zwischen Testator und familiae emtor. Ursprünglich, so lange man noch dem Erben selbst die Familia mancipirte, hatte der Satz Sinn, allein als dies aufhörte, ward er wahrhaft sinnlos und zwar nach beiden Seiten hin. Nach Seiten des familiae emtor — denn welches Interesse hatte er am Testament, welches das Zeugniß seiner Verwandten hätte verdächtigen können? Nach Seiten des Erben

694) Vat. fragm. §. 51.

695) Gaj. II, §. 105, 106: domesticum testimonium. Ulp. XX §. 3—5.

696) Gaj. II, 108. Cic. pro Milone c. 18. Wenn Ulpian in l. 20 pr. qui test. (28. 1) den Erben ausschließt, so stimmt dies nicht zu der Art, wie er in seinen Fragmenten XX 3—5 über die Frage sich äußert, und die Ansicht, welche die Stelle für interpolirt erklärt (Glück Commentar B. 34 S. 245), hat daher einen guten Grund.

— denn bei ihm lag umgekehrt ein ſolches Intereſſe vor. Man hatte alſo der Form zu Liebe das wahre Verhältniß völlig verſchoben, den an ſich richtigen Begriff des domesticum testimonium durch verkehrte Anwendung um allen Werth gebracht. [697]) In der erſten Richtung knüpfte ſich freilich an dieſen Mißgriff kein irgendwie erhebliches Intereſſe, man fand Zeugen genug, um jene Beſchränkung nicht zu fühlen; die Conceſſion, die man hier der Form machte, war alſo durchaus harmloſer Natur. Ganz anders jedoch in der zweiten Richtung, denn wenn irgend Jemand, ſo mußten gerade die genannten Perſonen ausgeſchloſſen werden. Die römiſche Jurisprudenz befand ſich hier in der Verlegenheit, welche die heutige freilich auch oft genug empfindet — oder richtiger vielleicht: nicht empfindet — einen Rechtsſatz lehren zu müſſen, gegen den ihr geſundes Gefühl ſich auflehnte. Sie ſuchte ſich dadurch zu helfen, daß ſie gegen die wirkliche praktiſche Benutzung deſſelben aufs angelegentlichſte warnte. [698])

Während nun dieſe beiden Beiſpiele der Anſicht Raum geben könnten, als ob die ältere Jurisprudenz bei dem Scheingeſchäft ſich rückſichtslos an die Conſequenz der Form gehalten hätte, werden die folgenden ſie gegen dieſen Vorwurf ſicher ſtellen und uns die Ueberzeugung gewähren, daß ſie auch hier denſelben Charakterzug wie bei der Interpretation der Geſetze (S. 462) bewährt hat, nämlich daß ſie die Form, beziehungsweiſe den Buchſtaben reſpectirte, ſo lange kein ernſteres praktiſches Intereſſe zur Frage ſtand, entgegengeſetzten Falls aber ſich von ihnen losſagte.

Wollte man ſich bei der Theorie der in jure cessio ſtreng an das Vorbild der Vindication halten, ſo mußte man ſie in allen Fällen geſtatten, wo letztere Statt fand. Allein der wirkliche Spielraum, den man der in jure cessio gönnte, war ungleich

697) Der Tadel, den Juſtinian in §. 10 I. de test. ord. (2. 10) darüber ausſpricht, daß das ganze Recht hier auf den Kopf geſtellt worden ſei (totum jus conturbatum erat) war daher ganz treffend.

698) So Gaj. II §. 108 sed tamen ... minime hoc jure uti debemus.

enger; nicht die abstracte Consequenz, sondern die Erwägung des wahren Bedürfnisses steckte ihn ab. Eine Erbschaft vindiciren konnte der testamentarische Erbe so gut als der Instetat-Erbe; sie mit voller Wirkung in jure cediren nur der heres legitimus, und dies auch nur vor geschehener Antretung.[699] Die Tutel vindiciren konnte jeder Tutor; sie cediren nur der tutor legitimus einer Frau.[700]

Die wirkliche Manus verschaffte dem Manne das gesammte Vermögen der Frau und letzterer ein Erbrecht an seinem Nachlaß, beides fiel bei der Scheinmanus hinweg,[701] es sei denn, daß dieselbe mit dem Manne selbst eingegangen war;[702] das eine so angemessen, wie das andere. Das ernstlich vom Vater verkaufte Kind ward mit Ablauf der Censusperiode frei (S. 184), das zum Schein verkaufte mußte ihm zurück mancipirt werden.[703] Eine Sache, die man ernstlich mancipirt oder in jure cedirt hatte, konnte man, wenn man selber im Besitz blieb, nicht ohne Titel usucapiren, wohl aber diejenige, welche man fiduciae causa veräußert hatte.[704] Eine Frau konnte Zahlung annehmen ohne tutoris auctoritas, nicht aber acceptiliren, obschon doch die acceptilatio als imaginaria solutio galt.[704a]

Ich wende mich jetzt den drei oben bezeichneten Rechtsgeschäften zu.

Die mancipatio, der solenne Verkauf[705] einer res mancipi per aes et libram, beruht auf der gleichzeitigen Darstellung der

699) Gaj. II, 34—36.

700) Gaj. I, 168. Ulp. XI, 6. 8. 17. Die tutela cessitia ist auch im übrigen ein redendes Zeugniß für die Behauptung im Text, s. Ulp. XI, 7.

701) Ueber jenes Gaj. II, 98, über dieses Gaj. I, 118 verb. nec ob id filiae loco sit und 115b.

702) Gaj. I, 115b.

703) Gaj. I, 140.

704) Gaj. II, 59, 68.

704a) Gaj. III, 171.

705) Gaj. I, 119 imaginaria venditio. Plin. H. N. XXXIII, 13 in his emtionibus quae mancipi sunt.

beiden Elemente des Kaufs: der Leistung der Sache und der Zahlung des Kaufpreises, und zwar ist diese Darstellung in der Gestalt, in der uns diese Form überliefert ist, nach beiden Seiten hin zu einer bloßen Förmlichkeit geworden. Die Zahlung — denn das äußere Gepränge derselben: die Wagschale mit dem libripens, der sie hält, deutet auf die älteste Gestalt ihrer Vornahme durch Zuwägen hin; an die Stelle desselben ist im Mancipationsritual das Schlagen der Wagschale mit einem Stücke Erz oder mit einer Kupfermünze[705a]) und die Hingabe desselben getreten. Ob außerdem, sei es vorher oder nachher, eine wirkliche oder, wie bei der Schenkung, und der fiduciarischen Mancipation gar keine Zahlung erfolgte, war für die Wirkung der mancipatio gleichgültig. Die Leistung — denn die Sache brauchte nicht wirklich übergeben zu werden, sondern sie ward nur ergriffen (manucapitur = mancipatur), sie konnte also immerhin im Besitz des Gebers verbleiben, wie dies bei der Fiducia sehr häufig geschah. Dieser beiden Elemente des Akts hat die Formel, die der Empfänger zu sprechen hat, zu gedenken, des einen mit den Worten: hunc ego hominem (fundum u. s. w.) ex jure Quiritium meum esse ajo, des anderen mit den Worten: isque mihi emptus est[706]) hoc aere aeneaque libra.

705a) Gaj. l. c. hat aes, Festus sub rodus den „as" und das „aes signatum".

706) In dieser Fassung mit est, nicht mit esto wird die Formel von drei verschiedenen Gewährsmännern angegeben: Gaj. I, 119 und mit ausdrücklicher Bezugnahme auf ihn von Boethius ad Cic. Top. c. 5 (Orell. 322) und Paulus in den Vat. fr. §. 50. Schon dieser Umstand hätte Huschke Nexum S. 23 abhalten sollen, diese Lesart zu verdächtigen und wegen Gaj. II, 104 (wo das esto vielleicht mit der imperativischen Form der Testamente zusammenhängt) und III, 167 (wo das emta estohaere vielleicht aus est hoc aere entstanden ist) das esto in jene andere Stelle hineinzuemendiren. Das für die Kritik des Gajus so wichtige Zeugniß von Boethius hat er freilich ganz übersehen. Ueber die innere Unwahrscheinlichkeit seiner Conjectur s. den folgenden §. — (In seiner seit der ersten Auflage dieses Bandes erschienenen Jurispr. antej. hat er jene Ansicht stillschweigend zurückgenommen, während jetzt Studemund bei seiner Vergleichung der Handschrift des Gajus hinter

Vor Einführung des gemünzten Geldes blieb für die Beschaffung einer Geldzahlung nichts übrig, als das Metall zu wägen, und daß man dazu, da es sich nicht bloß um das Halten der Wage, sondern um genaues, richtiges Abwägen handelte, einen dritten Unparteiischen (libripens) zuzog, daß man sodann das Metall nicht bloß wog, sondern auch an Ton und Klang seine Aechtheit darthat[707]) (aere percutere libram), wozu der Zahlende durch die Formel: rauduscolo libram ferito[708])

---

dem die Zeile schließenden est noch ein kleines o wahrgenommen haben will; s. darüber §. 47b hinter Note 823 im Text.

707) Der verstorbene J. Christiansen hat mit großer Hartnäckigkeit daran festgehalten, daß das Schlagen des Erzes an die Wagschale nur ein Zeichen der Perfection des Vertrages gewesen sei. S. dessen Wissenschaft der röm. Rechtsgesch. B. 1 S. 147 fl. und Institutionen S. 566 fl. Als ob man darum erst hätte eine Wagschale requiriren sollen! Es ist zu leicht, diese Grille zu persifliren, als daß ich mich der Versuchung hingeben möchte. Ueber die vermeintliche Unerklärlichkeit des libram percutere aere hätte ihm auch unser heutiges Leben Aufklärung geben können. Wer hätte es nicht schon gesehen, wie man Geldstücke zweifelhafter Aechtheit am Klange, also durch ein percutere prüft? — Wenn Leist, Mancipation und Eigenthumstradition S. 140 Note 7 fragt: „was soll die Prüfung der Aechtheit bei dem Erzstückchen, von dem von vornherein feststand, daß es nur die imago des Wirklichen sei?" so verweise ich ihn auf die von ihm selber in Bezug genommene Sitte, das wirkliche Zahlgeld (den Denar) durch den Klang zu prüfen. Sollte man ihre Prüfung bei dem ungeprägten Metall der alten Zeit weniger für nöthig gehalten haben als bei dem geprägten? Wenn man den Zahlakt der alten Zeit darstellen wollte, warum hätte man gerade diesen Bestandtheil desselben fallen lassen sollen, anstatt sich auch hier, wie dieser Schriftsteller sonst es verlangt, „an die imago des Wirklichen" zu halten?

708) Fest. Rodus. Ruduscolum (bei Varro de L. L. V 163 rauduscolum) hieß, wie Festus hier bemerkt, unverarbeitetes Metall, und der Ausdruck ward in bekannter römischer Weise auch dann noch beibehalten, als man sich statt dessen der Bequemlichkeit wegen eines Asses bediente. — Daß der Libripens sprechen mußte, ist für die Testamentserrichtung dadurch bezeugt, daß er nicht stumm sein durfte Ulp. XX, 7. Wir werden schwerlich fehlgreifen, wenn wir ihm jene Aufforderung in den Mund legen. — Wenn es in alter Zeit Sache des libripens war zu wägen, so wird er dazu nicht die Partei aufgefordert haben, jene Formel kann sich also nicht auf Vornahme

aufgefordert ward — das, sage ich, ist so einfach und natürlich, daß es eben darum vielleicht den Widerspruch herausgefordert hat.

Als das gemünzte Geld aufkam, hätte man sich die Wagschale und das Wägen ersparen können, und gewiß wird dies auch für gewöhnliche Geldzahlungen, wie z. B. bei dem einfachen Darlehn (im Gegensatz zum Nexum), bei Steuerzahlungen [709]) u. s. w., schnell Sitte geworden sein; bei der mancipatio und dem nexum dagegen blieb die alte Form als reſiduäres Scheingeschäft bestehen.

Die Gestalt eines von beiden Seiten sofort erfüllten Kaufcontracts, welche die mancipatio an sich trägt, kann nicht die ursprüngliche gewesen sein, sie datirt erst aus einer Zeit, als das Metall allgemeines Zahlmittel geworden war. So hoch man diese Zeit auch ins römische Alterthum hinaufrücken mag, dem Kauf ist auch in Rom der Tausch vorausgegangen, [710]) d. h. also eine Eigenthumsübertragung ohne aes et libra. Wenn ich nun für diese Eigenthumsübertragung bei der res mancipi dieselbe Solennität postulire, wie sie im übrigen die mancipatio an sich trägt d. h. Gegenwart der Parteien und der Sache, Mitwirkung der Zeugen, Aussprechen der Eigenthumsformel (hanc rem meam esse ajo) und Ergreifen der Sache, so ist dies allerdings eine durch kein äußeres Argument unterstützte Hypothese, allein ich weiß nicht, wie man sich ihr Angesichts des das älteste Recht beherrschenden Formalismus entziehen will. Ob bei dieser älte-

---

des Wägens, sondern nur auf die Constatirung der Aechtheit des Metalls bezogen haben.

709) Im Tempel des Saturn blieb freilich nach wie vor die Wagschale hängen. Varro de L. L. V, 183: Per trutinam solvi solitum vestigium etiam nunc manet in aede Saturni, quod ea etiam nunc propter pensuram habet trutinam positam.

710) Von den römischen Juristen anerkannt: §. 2 I. de emt. (3. 23) eamque speciem emtionis et venditionis vetustissimam esse. L. 1 pr. de cont. emt. (18. 1).

sten Form der mancipatio stets Sachen um Sachen mit einem Zuge umgetauscht wurden, oder ob nicht auch eine Sache selbständig für sich allein übergeben werden konnte, darüber wage ich keine Muthmaßung zu äußern, jedenfalls aber kann auch beim Tausch das Geschäft nur aus zwei separaten Mancipationen bestanden haben d. h. jeder Theil mußte die Sache ergreifen und die Worte: rem meam esse ajo sprechen. Wie kam nun der Akt der Zahlung in das Ritual der Mancipation hinein? Als das Metall mehr und mehr allgemeines Zahlmittel ward, und der Kauf den Tausch zurückdrängte, fand naturgemäß auch eine Art des Handels Eingang, die beim Tausch zu den größten Seltenheiten gehört: Leistung von der einen ohne sofortige Gegenleistung von der anderen Seite, d. i. beim Kauf das Creditiren des Kaufpreises. Für diesen letztern Fall bestimmten nun die XII Tafeln[711]) vielleicht nur im Anschluß an das Gewohnheitsrecht, daß das Eigenthum an gekauften Sachen nicht früher übergehen solle, bis der Kaufpreis bezahlt sei. Für die Sicherheit des Verkehrs war dieser Satz nicht unbedenklich. Wer gekauft und den Kaufpreis wirklich bezahlt hatte, mußte letzteres, wenn es ihm bei der Vindication der Sache von einem Dritten bestritten ward, erst beweisen, und selbst derjenige, welcher durch Tausch oder Schenkung die Sache erworben hatte, mußte auf den Einwand gefaßt sein, daß er die Sache gekauft, aber nicht bezahlt habe. Dieser Gefahr gegenüber gab es kein wirksameres Mittel[711a]), als dem Erforderniß der Zahlung sofort bei der mancipatio insoweit Genüge zu leisten, daß jeder Widerspruch gegen die Wirksamkeit der Eigenthumsübertragung dadurch abgeschnitten ward, d. h. der Empfänger nahm das Aeußerliche der Zahlung per aes et libram vor und constatirte sie wörtlich durch einen darauf gerichteten Passus (isque mihi emtus est hoc aere aeneaque libra). Wenn der Gegner

711) §. 41 I. de R. D. (2. 1).

711a) Aus Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition S. 346 entnehme ich, daß schon Heineccius derselben Ansicht gewesen ist.

dazu ſchwieg, alſo die Zahlung als gültig geſchehen anerkannte, ſo hatte Niemand ſie zu bemängeln; die Frage von der wirklichen Beſchaffung und Sicherung der Zahlung war zu einer rein relativen unter beiden Parteien gemacht, ihre abſolute Bedeutung für den Eigenthumsübergang aber damit beſeitigt.[711b]) Die Form dieſer Scheinzahlung ergab ſich von ſelbſt. Wirkliche Zahlungen bewerkſtelligte man damals nicht mehr durch Wägen, ſondern durch Zählen; das Wägen, die aes et libra, galt ſchon damals als Ausdruck einer bloßen Scheinzahlung.

Die im Bisherigen vorgetragene Hypotheſe findet meines Erachtens eine Unterſtützung in der Compoſition des Mancipationsformulars.[711c]) Welche ſeltſame Ordnung: zuerſt wird der Eigenthumsübergang conſtatirt und dann erſt der Kauf[712]) und die Zahlung! Gerade bei der logiſchen Peinlichkeit, mit der die alten Formen abgefaßt ſind (§. 47b), hat dieſe Umſtellung etwas höchſt Auffälliges. Sie wiederholt ſich in den beiden entſprechenden Handlungen: erſt geſchieht das Ergreifen der Sache mit der Hand

---

711b) In ähnlicher Weiſe wie es ſich früher beim Wechſel mit der Clauſel „Valuta erhalten" verhielt. Auch der Wechſel war urſprünglich ein Kaufcontract, und auch bei ihm war die Einrede des nicht gezahlten Kaufpreiſes zu befürchten. Jene Clauſel beſeitigte dieſen Einwand für den Wechſel abſolut, aber das unterliegende Geſchäft, der Anſpruch des Wechſelverkäufers auf wirkliche Zahlung ward dadurch nicht berührt.

711c) In der erſten Ausgabe hatte ich aus der Verſchiedenheit der Faſſung der beiden Glieder deſſelben: ajo . . meum esse isque mihi emptus est ein Argument entnehmen wollen und gefragt, warum nicht, wenn die Formel von Anfang an als eine einheitliche componirt worden ſei, auch das zweite Glied in den Accuſativ cum Infinitiv geſtellt worden ſei. Meine eignen Unterſuchungen über die Sprache der römiſchen Formeln haben mir ſpäter darauf die Antwort ertheilt; ſ. §. 47a (bei Gelegenheit der Regeln über den Gebrauch des Indicativs).

712) Daß emere urſprünglich etwas anders bedeutet hat als kaufen (B. 1. S. 110 Anm. 12), was namentlich zu dem Zweck geltend gemacht worden iſt, um die Auffaſſung der mancipatio als eines Scheinkaufes abzuwehren, kann man gern zugeben, ohne ſich den Schluß gefallen laſſen zu müſſen; jene Auffaſſung ſtützt ſich nicht bloß auf das Wort emere, ſondern auf emere hoc aere d. h. kaufen.

und dann erst die Uebergabe des Preises. Die mancipatio beginnt mit dem Ergreifen und dem ihm entsprechenden Theil der Formel, weil dies der eigenthümliche Kern und ursprüngliche Stamm der mancipatio, also das Principale ist, das Zahlen aber und der entsprechende Theil der Formel bekommt als neuerer Zusatz und bloßes Accessorium die zweite Stelle.

So erklärt sich auch, wie Manilius und Gallus Aelius bei ihren Definitionen des Nexum die Mancipation unter diesen Begriff bringen konnten.[713] Es hätte jeder Grund dazu gefehlt, wenn beide sich selbständig und unabhängig von einander entwickelt hätten, während wenn, wie ich annehme, die Scheinzahlung vom Nexum in die Mancipation hinübergenommen ward, jene Auffassung allerdings eine gewisse Wahrheit hatte. Sie litt nur an dem Fehler, daß sie die Wortbedeutung von Nexum zu weit griff, die mancipatio hatte zwar die Sache, nicht aber den Ausdruck entlehnt, und in dieser rein sprachlichen Beziehung traf daher ein dritter Jurist, Q. Mutius Scävola,[714] gewiß das allein Richtige, wenn er das Nexum als ein obligatorisches Geschäft per aes et libram definirte und damit die Anwendbarkeit des Ausdrucks auf die mancipatio völlig ausschloß.[715]

---

713) Varro de L. L. VII, 5 §. 105: Nexum Mamilius (Manilius) scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia. Fest. Nexum. Nexum est ut ait Gallus Aelius quodcunque per aes et libram geritur idque necti dicitur, quo in genere sunt (nämlich als zu seiner Zeit praktische Fälle) haec: testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio.

714) Varro a. a. O.: Mutius: quae per aes et libram fiant, ut obligentur (Huschke: obligetur), praeter quam (Niebuhr: quae, Huschke: quum), mancipio detur (Niebuhr: dentur). Hoc verius esse ipsum verbum ostendit, de quo quaerit, nam idem quod obligatur per libram neque suum fit (was nicht behalten, sondern zurückgegeben werden soll d. h. geliehen wird) inde nexum dictum.

715) Bei nicht juristischen Schriftstellern kommt jedoch der Ausdruck öfter in Anwendung auf die Mancipation und das Eigenthum vor, so z. B. bei Cicero Top. 5 traditur alteri nexu und dazu Boethius (Orelli p. 322), de harusp. c. 7 jure nexi, de Republ. I c. 7 u. a. In den Augen des

Das zweite Element der Mancipation, das Ergreifen der Sache übergehe ich hier, da daſſelbe wegen ſeines Zuſammenhanges mit allgemeineren Geſichtspunkten nur bei Gelegenheit der letzteren richtig gewürdigt werden kann.[721])

Das dritte Element unſeres Geſchäfts beſtand in den 5 Zeugen und dem bereits erwähnten Libripens. Indem ich bekannte Dinge übergehe, beſchränke ich mich auf einige meines Wiſſens bisher nicht aufgeworfene Fragen. Zunächſt die Frage: ob es bei jeder Mancipation einer förmlichen Aufforderung an die Zeugen bedurfte. Bezeugt iſt dieſelbe nur bei der Teſtamentserrichtung, und zwar für das testamentum per aes et libram, welches hier allein in Frage kommen kann, als Schlußpunkt des ganzen Teſtaments.[722]) Wäre der Schluß von der Form des Mancipationsteſtaments auf die der gewöhnlichen Mancipation ein ſtringenter, ſo wäre die obige Frage damit auch für letztere erledigt. Allein

---

Volks hatte das aes und die libra über das minder auffällige Ergreifen der Sache das Uebergewicht erlangt, man charakteriſirte den Akt nach jenem, nicht nach dieſem Moment. Daher Wendungen wie mercari libra et aere (Horaz), emere per assem et libram (Sueton) und ähnliche.

721) S. §. 47 u. B. 3 Abth. 2.

722) Die Formel iſt uns von den römiſchen Juriſten erhalten (Gaj. II, 104. Ulp. XX, 9) ita testor itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote. Ob es nicht außerdem noch einer ſolennen rogatio der Zeugen bei Beginn des Teſtamentsakts bedurfte, laſſe ich dahin geſtellt, die „suprema contestatio" der L. 20 §. 8 qui testam. (28. 1) iſt dafür nicht beweiſend, ebenſowenig das „ante testimonium certiorentur" der L. 21 §. 2 ibid. Daß man keinen Zeugen zu einem Rechtsgeſchäft zuzieht, ohne ihn vorher zu benachrichtigen, worum es ſich handelt, iſt ſelbſtverſtändlich, es kommt nur darauf an, ob dies in ſolenner Weiſe d. h. mittelſt einer feſtbeſtimmten Formel geſchehen mußte. Das Aufrufen der Zeugen nach beendetem Akt kam außer dem Teſtament noch bei der litis contestatio vor, und es iſt wohl nicht zufällig, daß beide Akte nach dieſer Aufrufung der Zeugen (testari, contestari) ihren Namen tragen. Bei der litis contestatio riefen beide Parteien die Zeugen auf, beim Teſtament der Teſtator allein, nicht der Erbe oder der deſſen Stelle vertretende familiae emtor, ungeachtet doch auch er kein geringeres Intereſſe an der Aufrechthaltung des Teſtaments hatte als der Teſtator. Es erklärt ſich dies vielleicht aus der älteſten Form der Teſtamentserrichtung in den Comitien (B. 1 S. 145 fl.).

daß die Form beider nicht durchweg gleich ist, zeigt schon die Verschiedenheit der Formeln, sowie der Umstand, daß dort auch der Mancipant zu reden hat, während er hier schweigt. Nichts desto weniger läßt es sich aus allgemeinen Gründen kaum bezweifeln, daß die Zeugen bei jeder solennen Handlung auch in solenner Weise haben aufgerufen werden müssen. Es würde zu der Genauigkeit, mit der die alte Jurisprudenz alles, was geschah, auch durch Worte ausdrücken ließ, wenig stimmen, wenn sie eine so wichtige Thatsache, wie die Zuziehung der Zeugen zum Rechtsgeschäft, nicht durch eine Erklärung der Partei constatirt hätte. Bei der Mancipation ging die Aufforderung aber nicht wie beim Testament von dem Mancipanten aus; das Interesse lag ausschließlich auf Seiten des Empfängers.

Mußten die Zeugen ihrerseits, oder einer von ihnen im Namen aller, der an sie gerichteten Aufforderung mit Worten, und zwar im Geist des ältern Rechts mit hergebrachten, fest bestimmten, entsprechen? Auch diese Frage würde ich schon aus allgemeinen Gründen zu bejahen nicht anstehen, ein positives Zeugniß aber dafür finde ich theils in der Bestimmung,[727] daß ein Stummer beim Testament weder Zeuge, noch Libripens sein durfte, was völlig unmotivirt gewesen wäre, wenn beide nichts zu reden gehabt hätten, theils in der Art, wie ein römischer Jurist es rechtfertigt, daß ein Blinder ein Testament errichten könne.[727a]) Der Schluß von dem Testament auf die gewöhnliche Mancipation dürfte hier weniger gewagt sein als oben.

In Bezug auf die Wirksamkeit der mancipatio hatten die XII Tafeln in dem bekannten Satz: Cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit, ita jus esto scheinbar der Autonomie der Privaten einen unbeschränkten Spielraum eingeräumt; die Jurisprudenz ließ sich dadurch nicht abhalten, diese

727) Ulp, XX, 7.

727a) Paul. S. R. III 4a §. 4 quia testes testimonium sibi perhibentes audire potest.

Freiheit auf ihr richtiges Maß zurückzuführen. Alle Verabredungen, die sich mit dem Zweck oder Hergang nicht vertrugen, waren als Bestandtheile des Aktes (als „nuncupatio“) [727b] unzulässig. Dahin gehörte das pactum fiduciae (S. 531), sowie die Bestimmung, daß das Eigenthum erst mit Eintritt einer Bedingung oder von einem gewissen Tage an übergehen solle — der Empfänger würde nicht haben sagen können: rem meam esse, und ebenso wenig würde die sofortige Zahlung gepaßt haben. Aus diesem Grunde glaube ich denn auch nicht, daß eine Bestimmung über die demnächstige Bezahlung des Kaufpreises in die Nuncupation aufgenommen werden durfte. Es wäre eine contradictio in adjecto gewesen, einerseits mit den Worten: est emtus hoc aere u. s. w. den Kaufpreis als bezahlt, andererseits durch jenen Zusatz ihn als noch rückständig zu bezeichnen.

Dagegen konnte nicht bloß (was ich noch in der zweiten Auflage bezweifelt habe) sondern es mußte sogar in der Nuncupation der wirkliche oder ein fictiver Kaufpreis namhaft gemacht werden, das unbestimmte: hoc aere der Formel dispensirte davon nicht. Dieser Punkt hatte eine ungleich höhere praktische Bedeutung, als man auf den ersten Blick ahnt. Im Falle der Eviction hatte bekanntlich der Käufer gegen den Mancipanten die act. auctoritatis auf den doppelten Betrag des Kaufpreises, [728] die Strafe der unrechtmäßigen Aneignung fremden Guts, wie bei dem furtum nec manifestum und der vindicia falsa im Vindicationsproceß. [728a] Diese Folge war mit der mancipatio so un-

---

727b) Von nomine capere: beim Namen nennen, sagen. Cic. de off. III, 16 de orat. I, 57.

728) Paulus S. R. II 17 §. 3; bei unterbleibender Mancipatio durch die stipulatio dupli ersetzt. Dagegen jetzt Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums, Halle 1874 S. 2 fl., er stellt alles auf die Verabredung der Parteien und meint, daß sie durch Vertrag die Verpflichtung auf ein Simplum hätten beschränken und sogar gänzlich hätten ausschließen können (S. 9); daß die spanische Fiduciartafel diese Ansicht nicht unterstützt, sondern widerlegt, wird sich sofort zeigen.

728a) Der Einwand, den Rudorff, Zeitschrift f. Rechtsgeschichte B. 11

zertrennlich verbunden, daß sie durch Vertrag weder ausgeschlossen, noch erhöht, noch verringert werden konnte. Wer dieser Haftung ausweichen wollte, dem blieb nur ein doppeltes übrig: entweder gar nicht zu mancipiren oder in die Nuncupation einen so minimalen Kaufpreis aufnehmen zu lassen, daß die Gefahr damit praktisch beseitigt war, sowie umgekehrt der Käufer, der einen höheren als den gesetzlichen Betrag wünschte, dies in der Weise bewerkstelligen konnte, daß er die Nuncupation eines höheren als des vereinbarten Kaufpreises ausbedang. Letzteres mochte kaum vorkommen, ersteres aber gewiß sehr häufig. Insbesondere bot ein Fall Veranlassung dazu, nämlich der Verkauf von Seiten des Fiduciargläubigers, und über ihn hat die kürzlich aufgefundene spanische Fiduciartafel uns einen Aufschluß gegeben, der das ganze Verhältniß in ein klares Licht setzte. Der Pfandgläubiger behält sich hier für den Fall, daß er zum Verkauf schreite, ein doppeltes vor: daß er 1) nur gegen Baarzahlung zu verkaufen (pecunia praesenti venderet) und 2) die Mancipation nicht auf mehr als auf einen Sesterz zu stellen brauche (mancipio pluris HS nummo uno invitus ne daret), zwei Kaufbedingungen,[728b]) die begreiflicherweise die Gebote der Käufer drückten und folgeweise dem Pfandschuldner zum Nachtheil gereichten.

S. 88 dagegen erhoben hat, daß die act. autoritatis keine infamirende Wirkung gehabt habe, erledigt sich durch die Bemerkung, daß der dolus, in Form der act. doli geltend gemacht, infamirte, nicht aber in Form einer Contractsklage; ganz dasselbe fand in Bezug auf die act. auct. statt. Wenn Eck a. a. O. S. 4 einwendet, daß die Klage keinen dolus des Verkäufers voraussetzte, so verweise ich auf die act. furti concepti (Gaj. III 186), bei der dies ebenso wenig der Fall war, und die Ausführungen in meinem „Schuldmoment des römischen Privatrechts. S. 14 fl.

728b) Von Rudorff, Zeitsch. f. R. G. B. 11 S. 87, der im übrigen die richtige Ansicht hat, unbegreiflicherweise dahin mißverstanden: „es tritt zu dem Sesterz noch ein Preis hinzu." Gerade das Gegentheil! Der Pfandgläubiger soll nicht nöthig haben, den Preis bei der Mancipation auf mehr als einen Sesterz zu stellen; mit dem wirklichen Preis hatte dieser bloß als Evictionsregulator fungirende Mancipationspreis nichts zu schaffen, was Degenkolb, B. 9 S. 149 fl. übersehen hat.

Auch die Mancipation des Pfandschuldners an den Pfandgläubiger erfolgt in jenem Fall „sestertio nummo uno“ und wenn wir mit diesen beiden neuen Fällen einer solchen Sesterzmancipation die uns bereits bekannten der Schenkung[728c]) zusammenhalten, so ergibt sich daraus als Resultat 1) bei jeder Mancipation mußte in der Nuncupation der Preis angegeben werden, das unbestimmte „hoc aere“ reichte dazu nicht aus; 2) nach diesem Preise richtete sich das duplum der Eviction bei der actio auctoritatis; 3) das „hoc aere emtus est“ oder die Scheinzahlung des Preises hat lediglich den Zweck, die sofortige dingliche Wirksamkeit des Mancipationsactes zu vermitteln, d. h. den Einwand, daß der Kaufpreis nicht gezahlt sei (S. 541), zu beseitigen; 4) bei einem Verkauf erfolgte dann daneben noch die wirkliche Zahlung des Kaufpreises, so daß bei ihm also drei Kaufpreise vorkommen konnten: der contractmäßig stipulirte, effectiv zu entrichtende, der nuncupirte, lediglich auf die Evictionsfrage bezügliche, der zum Schein gezahlte. Es ergibt sich aus dem bisherigen, daß der sestertius nummus unus mit dem aes, welches dem Mancipanten quasi pretii loco gegeben wird, oder dem rodus, rauduſculum gar nichts zu schaffen hat; jener wird bloß genannt, dieser wird gegeben, jener bezieht sich bloß auf die Verpflichtung zur Eviction, dieser bloß auf den Uebergang des Eigenthums.

So bot also das durch das Gesetz an das „lingua nuncupare“ geknüpfte „jus esto“ den Parteien in Bezug auf den Preis die Möglichkeit durch bloße Erklärung zweierlei festzustellen: erstens, wie hoch er sich belaufe; zweitens, daß er bezahlt sei. Für die Wirkungen der mancipatio, d. h. die act. auctoritatis und den Eigenthumsübergang war damit die Sache rechtskräftig abgethan, es kam nicht auf das wirkliche Verhältniß, sondern auf das „nuncupare“ an, denn nicht das war „jus“, was geschehen oder außer, neben der mancipatio verabredet war,

728c) Bruns Fontes juris Rom. p. 132—135.

sondern nur was nuncupirt war und zwar nur: si mancipium faciet, d. h. in der Mancipation selber.

Auch in Bezug auf das Object konnten mittelst der nuncupatio Vereinbarungen getroffen werden, so z. B. bei einem Grundstück die Zusicherung gewisser Servituten oder umgekehrt der Freiheit von ihnen, sodann der Vorbehalt von Servituten zu Gunsten des Mancipanten (deductio),[729] bei dem Verkauf eines Sklaven die Angabe, daß und unter welcher Bedingung er statu liber sei, daß das Pekulium mitgegeben oder vorbehalten werde, bei einem Thier das Alter, die Fehler oder deren Nichtdasein u. s. w.

Welche Vereinbarungen aber immerhin sonst noch möglich und üblich waren, eine Verpflichtung konnten dieselben stets nur für den Mancipanten, niemals für den Empfänger der Sache erzeugen. Die Meinung, daß die Mancipation für den Käufer rücksichtlich des schuldigen Kaufpreises die Kraft eines Nexum gehabt habe, hat, ganz abgesehen von ihrem Mangel an allem und jedem positiven Anhaltspunkt, die Analogie des ältern Rechts auf's entschiedenste gegen sich. Alle formellen Geschäfte des eigentlichen jus civile sind streng einseitig (B. 3 §. 53), es gibt keins, aus dem beide Contrahenten gegenseitig verpflichtet würden, und selbst der Kauf und die Miethe zerfielen, wie ich an anderer Stelle nachzuweisen hoffe, früher in zwei einseitige Geschäfte (stipulationes emti, venditi, locati, conducti): emtio und venditio, locatio und conductio. Kurz der Grundsatz der Einseitigkeit ist eins der Fundamentalprincipien des ältern Rechts. Wie bei der Stipulation, so hat auch bei der Mancipation nach dem von mir an andrer Stelle zu begründenden Grundsatz der Initiative derjenige Theil, dessen Interesse das Geschäft bezweckt, die getroffenen Verabredungen (die lex contractus) zu publiciren.[729a] Daß der Mancipant wie bei der Stipulation auf die

729) Vat. fragm. §. 50.

729a) Die Ansicht, daß auch der Mancipant gesprochen habe oder habe sprechen können, halte ich für absolut verwerflich, sie paßt weder sachlich ins

Rede des Andern habe antworten müſſen, wird mit Ausnahme des Teſtaments nirgends erwähnt, und bei der gewöhnlichen Mancipation werden wir es ſchwerlich annehmen dürfen. Bei der Stipulation lag die Nothwendigkeit der Antwort in der Frage ſelbſt ausgedrückt, bei der Mancipation dagegen lautete die Formel aſſertoriſch, ähnlich wie bei der in jure cessio, und daß es bei letzterer keiner Antwort bedurfte, iſt ausdrücklich bezeugt.[730] Nur bei dem testamentum per aes et libram ſprechen, abweichend von dem ſonſtigen Mancipationsritual, beide Parteien, zuerſt der familiae emtor und dann der Teſtator. Nur die von letzterem herzuſagende Formel wird nuncupatio genannt.[730a] Sachlich bedarf dieſe Abweichung keiner Rechtfertigung, denn wer ſoll beim Teſtament ſprechen, wenn nicht der Teſtator? Eine formelle Handhabe dazu bot möglicherweiſe der Satz der XII Tafeln: uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto, denn ein „legare" erforderte ein Sprechen. Vielleicht war die nuncupatio nichts als die aus der alten Form der Teſtamentserrichtung hinübergenommene Anſprache an's Volk: itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote.[731]

ältere Recht, noch ſtimmt ſie ſprachlich mit dem Singular nuncupassit der XII Tafeln. Das Geſetz erkennt damit nur die eine Partei als redend an, und zwar die, welche „mancipium faciet nexumve" d. h. welche das manucapere und nectere vornimmt, d. i. dort das Eigenthum, hier den Anſpruch erwirbt.

730) Gaj. II, 24 quo negante aut tacente. Schon dieſe Verſchiedenheit in der Faſſung der Formeln hätte, ganz abgeſehen von andern Gründen, die Idee ausſchließen ſollen, als ob die Stipulation aus der Nuncupation der Mancipation entſtanden ſei.

730a) Gaj. II, 104.

731) Hierzu ſtimmt denn auch die Art, wie Ulp. XX, 9 die Sache darſtellt: in testamento, quod per aes et libram fit, duae res aguntur, familiae mancipatio et nuncupatio testamenti. Ebenſo Gaj. II, 116. Dieſe nuncupatio gehört demnach nicht mehr zu der mancipatio, ſie iſt etwas außer und neben ihr, während die nuncupatio bei der gewöhnlichen mancipatio einen integrirenden Beſtandtheil derſelben bildet.

Das Anwendungsgebiet der mancipatio war ein außerordentlich reiches, es umfaßte 1. das Eigenthum, 2. die Rusticalservituten (beziehungsweise die vier ältesten Species derselben: iter, via, actus, aquaeductus), 3. die manus (coemtio), 4. das mancipium und 5. das Erbrecht. Alle diese Fälle haben ihr mehr oder minder Eigenthümliches. Wenn der dritte und vierte dem ersten, den wir als den eigentlichen Typus betrachten dürfen, in der Beziehung am nächsten stehen, daß bei ihnen wenn auch keine Sache, so doch noch ein sichtbarer und faßbarer Gegenstand vorhanden ist, so weichen sie darin von ihm ab, daß im vierten das verliehene Recht, ganz abgesehen von der mancipatio fiduciae causa, regelmäßig[732]) eine vorübergehende Dauer hat, praktisch mehr der Miethe, als dem Kauf gleicht, im dritten aber — um uns bei dieser überaus bestrittenen Frage[733]) auf das allein Sichere zu beschränken — jedenfalls in der Formel eine der materiellen Verschiedenheit des Verhältnisses entsprechende Abweichung von der gewöhnlichen Mancipationsformel Statt fand.[734]) In dem zweiten und fünften Fall erreichte die Mancipation ihren Culminationspunkt, sie hatte sich hier von dem natürlich sinnlichen Requisit eines faßbaren Gegenstandes völlig losgerissen. Dazu kamen in dem letzten Fall noch andere im Verlauf der Darstellung bereits berührte Abweichungen und zwar von dem Gewicht, daß wenn auch nicht die äußere Physiognomie, so doch das innere Wesen und die juristische Natur der Mancipation in diesem Fall bis zur gänzlichen Unkenntlichkeit entstellt oder richtiger völlig geopfert war.[735])

732) Gaj. I, 140. S. oben S. 174.

733) Roßbach Untersuchungen über die röm. Ehe. S. 67—81.

734) Gaj. I, 123 . . cum a parentibus et coemptionatoribus iisdem verbis mancipio accipiuntur, quibus servi, quod non similiter fit in coemptione. Im Sinne des gewöhnlichen Lebens — denn eine juristische Wahrheit hatte die Auffassung schwerlich — mochte man sogar die Frau selbst als Subject der Coemption bezeichnen: coemptionem facit z. B. Gaj. I, 115 u. a. Stellen.

735) Im richtigen Gefühl davon haben denn auch die römischen Juri-

Die Mancipation erſtreckte ſich demnach faſt über das geſammte Privatrecht: das Vermögensrecht, Familienrecht und Erbrecht; nur das Obligationenrecht war ihr verſchloſſen. Mit ihren mittelbaren Wirkungen reichte ſie allerdings auch in letzteres hinein (actio auctoritatis, Damnationslegat). Allein ſo wenig man die Antretung der Erbſchaft aus dem Grunde einen obligatoriſchen Akt nennen darf, weil ſie auch obligatoriſche Verhältniſſe begründen kann, ſo wenig darf man daſſelbe bei der Mancipation thun. Primär und ausſchließlich konnte keine Obligation durch ſie erzeugt werden.

Die in jure cessio (Abtretung vor Gericht) bietet ungleich weniger Schwierigkeiten dar als die mancipatio. Sie iſt das Gegenſtück der sponsio praejudicialis; wie bei letzterer der Vertrag dem Proceß aushilft, ſo hier der Proceß dem Vertrage — eine Verwendung des Proceſſes oder der ſ. g. juris dictio contentiosa zu Zwecken der jurisdictio voluntaria, die ſich in der Geſchichte des Rechts häufig wiederholt.[735a]) Ihrer Form nach eine Scheinvindication, wobei der Erwerber als Vindicant auftrat, der Cedent ſich der Contravindication enthielt, und der Prätor jenem die in Anſpruch genommene Sache oder das Recht zuſprach, fand die in jure cessio nur bei ſolchen Rechten Statt, die möglicherweiſe Gegenſtand der Vindication ſein konnten. Daher war auch ſie zur Begründung obligatoriſcher Verhältniſſe unge-

---

ſten die hereditas nicht unter die res mancipi gerechnet, während ſie dies bei den Ruſticalſervituten thun, trotzdem daß auch ſie res incorporales ſind, Gaj. II, 17. Ulp. XIX, 1. Daß die mancipirten freien Perſonen unter den res mancipi nicht mit genannt werden, bedarf keiner Erklärung.

735a) So z. B. auch im altgermaniſchen Recht der Scheinproceß des fränkiſchen Königsgerichts (von Bethmann-Hollweg, Der Civilproceß des gemeinen Rechts IV, S. 493, Brunner in den Feſtgaben für Heffter S. 158 fl.) im mittelalterlichen Recht die gerichtliche Auffaſſung (Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach den ſächſiſchen Rechtsquellen des Mittelalters, S. 235 fl.).

net, ja sie schloß vermöge der Natur des Aktes, in dessen For- n sie sich kleidete, selbst die accessorische Begründung derselben §.736) An Alter steht sie hinter der Mancipation höchst wahr- einlich zurück,737) an ausgedehnter Anwendbarkeit keineswegs, e dies die folgende tabellarische Vergleichung ihrer beiderseitigen wendungsgebiete nachweisen soll.

	Anwendungsgebiet,	
ausschließliches mancipatio.	gemeinsames.	ausschließliches der in jure cessio.
	Eigenthumsübertragung an res mancipi, ...	. . . an res nec mancipi.
	Bestellung von Rusticalser- vituten, ...	. . . Urbanal- und persönlichen Servituten.
ancipium.		Manumission (vindicta).
anus.		Emancipation.
ament.		Adoption.
		Uebertragung der tutela legi- tima mulierum und der he- reditas legitima.

ir werden nicht fehlgreifen, wenn wir den Ursprung der in e cessio auf ihrem ausschließlichen Anwendungsgebiet suchen. re Anwendung auf die Fälle der zweiten Columne war eine ße Consequenz ihrer Form, für letztere hätte es ihrer Einführung

736) Ueber die fiducia ist oben (S. 531) bereits das Erforderliche gt.

737) Die frühste Erwähnung geschieht in Anwendung auf die Manu- ission für das erste Jahr der Republik (Liv. II, 5), und zwar verhielt sich manumissio per vindictam zu der bis dahin üblichen manumissio su in ähnlicher Weise, wie das testamentum per aes et libram zu dem omitiis calatis d. h. beide stellten eine zu jeder Zeit anwendbare, also uemere Form der früheren an gewisse Zeiten gebundenen gegenüber. Nach ulus in den Vat. fr. §. 50 sollen die XII Tafeln die in jure cessio an- unt haben; ob „propalam" oder „per consequentiam" (Ulp. IX, 3) h. dadurch, daß sie der Vindication gedacht hatten, stände wohl noch zur ge. Das „confirmat" von Paulus kann denselben Sinn haben, wie „jubet" von Ulp. X, 1.

nicht bedurft, für sie reichte vielmehr die Mancipation vollkommen aus, und das Leben bediente sich auch fast nur der letzteren.[738]) Auf dem angegebenen Gebiet hingegen entfaltete sie ihre eigenthümliche praktische Brauchbarkeit, weil sie hier Zwecken diente, die sich auf andere Weise theils gar nicht, theils, wie z. B. die Manumission, nur in unvollkommnerer Weise erreichen ließen. Daß sie nicht von vornherein und mit einem Male, sondern erst nach und nach in Besitz dieses weiten Gebietes gekommen ist, wird Niemand, der etwas von dem Gange der historischen Entwicklung im römischen Recht weiß, bezweifeln wollen. Ueber das relative Altersverhältniß der einzelnen Fälle fehlt es uns an allen positiven Nachrichten, bis zu einem gewissen Grade kann die Combination jedoch diesen Mangel ergänzen. Als einen der ältesten Fälle betrachte ich die manumissio vindicta, er ist zugleich der einzige, für den uns eine bestimmte Entstehungszeit angegeben wird (Note 737). Erst nach den XII Tafeln können sich, vielleicht überhaupt, jedenfalls aber erst in der uns bekannten Gestalt, die Emancipation und Adoption gebildet haben, da sie eine Allusion auf einen Satz dieses Gesetzes enthalten (S. 184 und 458). Die Urbanalservituten sind nach allen Anzeichen noch weit jüngern Ursprunges (Note 359), rücksichtlich der übrigen Fälle fehlt es an jedem Anhaltspunkt.

In allen diesen Fällen war der Gegenstand der gerichtlichen Abtretung, um den römischen Ausdruck beizubehalten, eine res incorporalis, und damit ist zugleich der Gesichtspunkt für den principiellen Gegensatz dieses Geschäfts zu der Mancipation gewonnen. Die historische Wurzel und der praktische Schwerpunkt liegt bei der einen in der res corporalis, bei der andern in der res incorporalis; erst in ihren Verzweigungen kreuzen sie sich.

738) Gaj. II, 25: Plerumque tamen et fere semper mancipationibus utimur, quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum majore difficultate apud Praetorem aut apud Praesidem provinciae quaerere. Dasselbe Verhältniß wird sich zwischen ihr und der Tradition der res nec mancipi annehmen lassen.

Es bleibt uns jetzt noch die Stipulation (S. 485): der if Eingehung einer Obligation gerichtete Vertrag in Form ündlicher Frage und Antwort.

Sie hat folgende Requiſite:

1. Die Gegenwart der Parteien.

2. Die vorausgehende Frage des Gläubigers. Die mkehr der Ordnung, ein vorausgehendes Verſprechen von der nen und eine Acceptation von der andern Seite begründete keine tipulation (über den Grund ſ. §. 57). Das römiſche Recht unt zwei Formen der Stipulation: eine ſtrengere, engere und ne freiere, abſtractere. Jene: die dem jus civile angehörige, an e Worte: spondes? spondeo gebundene und auf Römer be-ränkte sponsio[739]) — dieſe: die dem jus gentium angehö-ge, lediglich an das abſtracte Requiſit der mündlichen Frage- ıd Antwortform geknüpfte und folglich mit beliebigen Worten .B. dabis, facies, promittis?) und in jeder Sprache mögliche ipulatio ſchlechthin.[740]) Daß letztere, wenigſtens in ihrer An-endung auf Römer unter ſich, jüngeren Urſprunges iſt, dafür rechen, wenn auch keine äußeren, ſo doch gewichtige innere ründe (§. 47).

3. Die ſofortige Antwort. Ein Zwiſchenraum hebt die erbindung zwiſchen Frage und Antwort auf, beide ſollen ein anzes bilden, es muß folglich auch der Akt ſelbſt ein einiger ſein nitas actus).[741])

4. Die entſprechende Antwort. Eben weil beide ein anzes darſtellen ſollen, müſſen ſie ſich decken. Lautet die Ant-ort anders, als gefragt, ſei es auf mehr oder auf weniger, und i der sponsio nicht auf den Ausdruck: spondeo, ſo iſt die

739) Ueber die problematiſche Ableitung derſelben aus dem Eid ſ. B. I 303 fl.

740) Gaj. III, 92, 93. L. 1 §. 6 de V. O. (45. 1).

741) L. 1 §. 1 de V. O. (45. 1). Ueber die Allgemeingültigkeit dieſes forderniſſes der Einheit des Akts im alten Recht ſ. III, 1, §. 53 (Note 184 fl.)

Stipulation verfehlt.[742]) In späterer Zeit ward man darin laxer, aber in der alten Zeit hielt man daran mit äußerster Pedanterie fest und erließ auch nicht einen Buchstaben. Und in der That, es war jedenfalls das Sicherste, denn wenn man einmal nachließ, wo war die Gränze? Jene Strenge hatte einen ganz vernünftigen Sinn, und was Gellius (XVI, 2) von dem gleichen Grundsatz der Dialektik sagt, paßt wörtlich auf die Stipulation. „Es ist ein Gesetz dieser Kunst, bemerkt er, daß wenn man sich über irgend ein Thema streitet, man nicht mehr und nicht weniger antworte, als man gefragt wird, entweder mit Ja oder Nein; wer mehr oder anders antwortet, gilt als Idiot. Und darauf muß man halten, denn es gibt kein Ende des Streites, wenn man die einzelnen Streitpunkte nicht fixirt und einfach durch Frage und Antwort erledigt.“ In ähnlicher Weise, meinten die alten Juristen, ließe sich auch bei den Verhandlungen rechtlicher Art die Gewißheit der erreichten Einigung nur dadurch constatiren, daß der Schuldner sich streng an die Frage binde; thue er es nicht, so sei das ein Zeichen, daß die Parteien noch nicht eins geworden. Im Geist der alten Zeit (§. 47[b]) darf man annehmen, daß der Schuldner ursprünglich den ganzen Inhalt der Stipulation wiederholen mußte und sich nicht wie später mit einem einfachen Ja oder spondeo, dabo u. s. w. begnügen durfte. Das wahre Wesen der Stipulationsidee ist sowohl von ihrer psychologischen als praktischen Seite bereits von einem Andern[743]) in so

742) Gaj. III, 102. Die L. 1 §. 2—5 de V. O. (45. 1) veranschaulicht zugleich die freiere Entwicklung, die schon in der verhältnißmäßig kurzen Zeit von Gajus bis auf Ulpian Statt gefunden hat; sollte das, was Gajus lehrt, noch ganz das ursprüngliche gewesen sein? Die alte Gestalt der Sache schimmert unter den Milderungen der neuern Zeit noch durch.

743) J. Christiansen (der Aeltere) Institutionen des römischen Rechts S. 308—310 — ein Buch, das neben manchem Ungenießbaren und Verwegenen viele tiefe Einblicke enthält. Die zum Theil nicht unverschuldete geringe Verbreitung des Buchs hat mich bestimmt, die citirte Stelle mit Auslassung einiger überflüssigen Breiten wörtlich abdrucken zu lassen.

vorzüglicher Weise entwickelt, daß ich nichts besseres thun kann, als dessen Worte wörtlich wieder zu geben.

„Die neuern gebildeten Sprachen und die gebildeten Sprecher dieser gebrauchen zum Ausdruck absoluter Bejahung oder Verneinung der Frage ein einfaches Abstractum, welches absolut und rein nur Bejahung oder Verneinung ohne weitere Bestimmung ist. Wie kurz, wie lang, welchen Inhalts immer die Frage sei, so wird die Bejahung mit „Ja" u. s. w. gleichmäßig auf die kürzeste und bündigste Weise abstract ausgedrückt. Die ältern concreteren Sprachen überhaupt wie auch noch die ungeübteren Sprecher ausgebildeter Sprachen haben nur eine concrete Bejahung. So auch die römische Sprache. Sie kennt gar keine abstracte Bejahung. Statt der reinen Antwort hat sie nur ein Antworten auf dieses Gefragte. Es wird in die Antwort mehr oder minder alles Gefragte wieder aufgenommen. Das ist so allgemein die Natur des concreteren sinnlicheren und sinnigeren Bildungszustandes. Der Antwortende kann noch nicht nach-denken und nach-wollen, ohne nach-zu-sprechen und hat die instinktmäßige Vorsicht bei dieser Weise, die ihm dienlicher und sicherer ist, zu bleiben. Denn nur wenn das Gefragte nach-gesprochen ist, können beide Theile sicher sein, daß auch dasselbe gemeint ist.

„Im gebildeten Zustande würde auf die Frage: willst du für zweitausend mir u. s. w. geben" mit einem bloßen Ja geantwortet werden und damit die unumwundenste Einigkeit vorzuliegen scheinen. Im Einzelnen, also im Ganzen ist aber innerlich vielleicht die größte Uneinigkeit vorhanden; der Verkäufer verstand vielleicht „drei" statt „zwei" u. s. w. Alle diese Dinge wären beim wörtlichen Nachsprechen zum Vorschein gekommen. Wenn dagegen bei den Alten der Gläubiger fragte: spondesne Stichum hominem . . . . dare, so antwortete der Gläubiger nicht bloß mit spondeo, sondern er wiederholte den ganzen Satz. Nur bei der feierlichsten Form der Aussage oder Zusage durch rechten Eid verlangen auch wir noch jenen ursprünglich ganz allgemein üblichen umständlichen, detaillirten Ausspruch. Beim Katechisiren

mit Kindern, bei Aufträgen an Ungebildete begnügt man sich ebenfalls nicht mit einem bloßen „Ja", sondern verlangt umständliche Wiederholung.

„Es ist einleuchtend, in welchem Grade diese concrete Bejahung größere Garantie des Einverständnisses und Ernstes gibt als die abstracte. Es ist zwischen beiden in Hinsicht der Zuverlässigkeit ungefähr der Unterschied, wie ob man eine zu hebende Last mit dem bloßen Augenmaße probirt und approbirt oder sie wirklich auf die Schultern nimmt."

So weit Christiansen. Die Form der Frage war im römischen Rechtsleben keineswegs auf die Stipulation beschränkt, sie wiederholte sich in alter Zeit auch in anderen Fällen, wo es die Begründung einer Obligation galt. So werden die praedes durch Frage und Antwort verpflichtet,[746] und so erfolgt bei Plautus der Abschluß der Kaufcontracte.[746a])

Rücksichtlich ihrer ausgedehnten Anwendbarkeit durfte die Stipulation sich füglich mit den beiden bisher betrachteten Formen messen; was letztere für die absoluten Rechte, war sie für das relative: die Obligation, eine allgemeine Form, wodurch, wie auch in ihrem Namen liegt,[747] die Sache fest gemacht wurde.

---

746) Festus sub praes: praes . . . interrogatus a magistratu, si praes sit, respondet: praes.

746a) In gleicher Form estne emptus? est emptus.

747) Stipulatio kommt von stips, letzteres von der Sanskrit-Wurzel sthâ, von der auch Stab und Stift. Im Lateinischen hieß stip, stipit, stirp Stamm, welches auch in obstipescere (gleichsam zum Stock werden) erhalten ist. So Pott Etymol. Forsch. Bd. 1 S. 198. Die Institutionen pr. I. de V. O. (3. 16) treffen mithin das Richtige, indem sie das Wort daher ableiten: quod stipulum apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens. Ganz entsprechend sowohl sachlich wie sprachlich sind die deutschen Ausdrücke: bestätigen, rechtsbeständig, vor Gericht gestebegen (Sachsenspiegel II, 30 d. i. festmachen, wie stipulari). Mit den Getreidegarben hat zwar das „stipendium" (Austheilung derselben an die Soldaten), dagegen die „stipulatio" nichts zu thun, und das „Getreidegeschäft", das Huschke Nexum S. 100 aus ihr gemacht und höchst anschaulich beschreibt, ist um nichts besser als der etymologisirende Erklärungsversuch von

Alle und jede Verträge, insofern sie nur nichts Unerlaubtes enthielten und auf eine erzwingbare Leistung gerichtet waren, mochten sie im übrigen schon an sich klagbar sein oder nicht, konnten in diese Form eingekleidet werden. Doppelt wichtig aber war sie gerade im ältern Rechte bei der beschränkten Zahl der vorhandenen Obligationsformen — ein Punkt, den ich an dieser Stelle noch aussetzen muß. Dabei beschränkte sich ihre Anwendbarkeit keineswegs bloß auf das jus civile, sie erstreckte sich vielmehr auch auf den Proceß — es war kaum ein Rechtsstreit möglich, in den nicht zwischen den Parteien gewisse Stipulationen abgeschlossen wurden, und bei der reivindicatio per sponsionem mußte sie sogar als Einkleidungsform und Basis des ganzen Verfahrens dienen. Sodann auf den völkerrechtlichen Verkehr — wenigstens gefielen die Römer sich darin, auch die publicistischen Verträge, insofern sie nicht constitutiver, sondern promissorischer Art waren, unter die Form der sponsio zu bringen.[748]) Und endlich auch auf den internationalen Privatverkehr — es war die oben angegebene abstractere Stipulationsform des jus gentium.

Dieser extensiven Brauchbarkeit entsprach die intensive. Die Hinzufügung eines dies und einer conditio, bei den andern beiden Geschäften ausgeschlossen, war bei der Stipulation, wie das die Natur eines promissorischen, d. h. auf die Zukunft gerichteten Vertrages mit sich bringt (§ 53 Note 211 u. fl.), durchaus zulässig, und gerade der Zulässigkeit der Bedingung verdankte die Stipulation zum wesentlichen Theil den hohen Grad ihrer Brauchbarkeit. Mittelst der Bedingung ward es möglich, indirect alle gedenkbaren Gegenstände, Leistungen u. s. w. in den

---

Isidor V, 24 §. 30, bei dem er die germanische Sitte der Bestätigung durch Uebergabe des Halms (J. Grimm, Deutsche Rechtsalterthümer. S. 121) vor Augen hatte (Savigny Gesch. des R. R. im Mittelalter II 229), während Grimm S. 129 sie für das römische Recht aufrecht zu erhalten sucht.

748) Gaj. III, 94. Das foedus war constitutiver Art. Das Nähere an späterer Stelle.

Bereich der Obligation zu ziehen und damit der Stipulation die weiteſte Ausdehnung zu geben. Die einfache Formel war: verſprichſt Du die und die Summe, wenn Du dies und das gethan oder nicht gethan haſt? Die Handlung oder Unterlaſſung, auf die es abgeſehen war, bildete hier nicht den Gegenſtand der Obligation ſelber, ſondern nur der Bedingung (in conditione positum), aber die für den Fall der Nichterfüllung der Bedingung verſprochene Strafe (Conventionalpön) gewährte, wenn nur der Betrag der Strafe hoch genug gegriffen war, einen eben ſo wirkſamen, ja regelmäßig viel wirkſameren indirecten Schutz, als es der directe geweſen wäre. Unter dieſer weiten Kategorie des in conditione positum fanden alle und jede Handlungen und Unterlaſſungen Platz, mochten ſie direct klagbar ſein oder nicht, ein Intereſſe haben oder nicht; die einzige Gränze beſtand in der conditio turpis; Verträge, die etwas Geſetzwidriges oder Unmoraliſches bezweckten, waren unwirkſam. In unſerm heutigen Recht, in dem alle erlaubten Beredungen klagbar, d. h. direct erzwingbar ſind, iſt der Werth dieſer indirecten Erzwingung erheblich verringert, im altrömiſchen Recht dagegen, wo zwiſchen dem Klagbaren und dem Unerlaubten die große Menge der zwar erlaubten, aber nicht direct erzwingbaren Leiſtungen in der Mitte lag, wo, wie ich andern Orts nachzuweiſen hoffe, Obligationen auf ein bloßes Thun als ſolches (d. h. inſofern es nicht eine *Sache*, ein *Geben* zum Gegenſtand hatte) noch keine Anerkennung gefunden hatten, war der Werth dieſes Mittels ein unſchätzbarer (§. 56, Nr. 8, 9, 11).

3. Analyſe des römiſchen Formenweſens.

Der Stoff: Zeichen, Handlungen, Worte. — Ueberſicht der ſymboliſchen Zeichen und Handlungen des römiſchen Rechtslebens — die Hand insbeſondere.

XLVII. Unſere Aufgabe führt uns auf ein in einer gewiſſen Richtung kaum durchforſchtes Feld, ein Umſtand, der die Ausbeute

auf der einen Seite ebensosehr erleichtert, als auf der andern erschwert. Die Richtung, in der die Rechtsgeschichte dasselbe bisher fast ausschließlich untersucht hat, ist eine einseitige, es ist ganz dieselbe, die noch vor nicht gar langer Zeit in der Botanik die herrschende war, d. h. eine rein descriptive, die sich mit Sammlung, Aufzählung, Beschreibung der Einzelnheiten begnügt. Daß aber auch hier die Abstraction einen dankbaren Stoff vorfindet, daß wir auch hier auf dem Wege der Analyse allgemeine Resultate gewinnen können, wird, wie ich hoffe, die folgende Darstellung zeigen.

Das Allgemeine, was die bisherige Lehre uns bietet, geht über das, was bereits Cicero und Gajus haben, nicht hinaus. Es ist jenes allgemeine Urtheil (S. 442 Note 610) über die Strenge und Peinlichkeit, mit der die ältere Jurisprudenz die Formeln handhabte, erläutert durch die bekannten von Gajus mitgetheilten Beispiele. Allein selbst diese unzweifelhafte Thatsache ist, so lange man sie nicht in den rechten Zusammenhang bringt, mehr geeignet, das Urtheil über das ältere Recht irre zu führen, als zu fördern; sie dient weniger dazu, uns mit demselben zu versöhnen als zu entzweien — sie gibt uns ein Räthsel ohne die Auflösung.

Um nun gleich den Punkt zu bezeichnen, in dem meiner Meinung nach das Verständniß des ganzen Formenwesens zu suchen ist, so ist dies das morphologische Element desselben, aber nicht in seiner dürren Aeußerlichkeit, sondern in seiner innern Ursächlichkeit. Wir dürfen den Formalismus nicht hinnehmen als etwas Gegebenes, bei dem man sich beruhigen müsse, von dem man sich keine Rechenschaft geben könne, warum das Einzelne gerade so und nicht anders sei, und bei dem dies auch kein höheres Interesse habe. Der Gesichtspunkt vielmehr, unter dem wir ihn zu erfassen haben, und den ich im Folgenden möglichst durchführen werde, ist der einer bewußten und berechneten juristischen Schöpfung, einer tiefdurchdachten Zeichensprache, kurz eines Kunstproductes des juristischen Geistes. Von dem

Scharfsinn, ja ich darf sagen, dem Geist, den die alten Juristen in den scheinbar so unfruchtbaren und dürren Gegenstand hineinzulegen verstanden, haben wir, denen unser heutiges Recht und unsere heutige Wissenschaft jeden Anlaß zu ähnlicher Arbeit und damit jede Parallele versagt, heutzutage kaum eine Ahnung. Die Aufgabe und die Methode unserer heutigen Wissenschaft ist eine andere geworden, und mit der Sache ist uns auch der Sinn und das Verständniß für jenen untergegangenen Zweig der juristischen Kunst abhanden gekommen. Mich gemahnt dieser Umschwung, dieses völlige Aussterben einer Kunst, die einst im höchsten Flor und Ansehn stand und den ganzen Scharfsinn der Juristen in Bewegung setzte, an so manche Erscheinungen des modernen Culturlebens. Ein recht verwickelter Kanon, ein Gedicht nach den Regeln des Meistergesanges brachten einst dem Musiker und Meistersänger nicht mindere Ehre und Anerkennung, als eine fein ersonnene Formel eines altrömischen Juristen. Heutzutage würde man kaum etwas anderes darin finden als ein nutzloses Spiel des Verstandes. Allein hüten wir uns, unsern heutigen Maßstab an frühere Zeiten anzulegen und zu verkennen, daß was für uns werthlos sein würde, für sie vollkommen berechtigt gewesen sein kann. Unsere heutige Wissenschaft hat nicht mehr nöthig, ihre Kraft auf Worte und Formeln zu richten, weil unser Recht eine höhere Stufe beschritten hat, der römischen Jurisprudenz aber war durch die Stufe, auf der sich das ältere Recht befand, zugleich die Art und Richtung ihrer Thätigkeit vorgezeichnet; daß sie ihren ganzen Scharfsinn und ihre ganze Kraft an ein scheinbar so untergeordnetes Object verwandte als das Formelwesen, war nicht Sache ihrer freien *Wahl*, sondern der geschichtlichen *Nothwendigkeit*.

Der Stoff, aus dem das ältere Recht die formellen Geschäfte gebildet hat, sind Handlungen, Zeichen und Worte. Unter ihnen nehmen letztere die erste Stelle ein. Zunächst rücksichtlich

der ihnen zu Theil gewordenen juriſtiſchen Durchbildung. Sodann aber ſind ſie und nur ſie das abſolut unentbehrliche Element eines jeden Rechtsgeſchäfts; es gab Rechtsgeſchäfte z. B. die Stipulation, bei denen das bloße Wort, keins, bei dem die bloße Handlung genügte. Man könnte darauf hin verſucht ſein, ſich das Verhältniß zwiſchen dem Wort, der Formel auf der einen und dem Zeichen, der Handlung auf der andern Seite ſo zu denken, als ruhe der eigentliche Nachdruck des Geſchäfts überall auf dem erſteren Element, und als ſei letzteres nur eine ziemlich unweſentliche decorative Zuthat, eine bloße Begleiterin des Worts geweſen, wie es im gewöhnlichen Leben die Hand von der Zunge iſt: — wenn der ſinnlich natürliche Menſch ſpricht, ſo pflegt er ſeine Worte pantomimiſch, namentlich mit der Hand zu unterſtützen. Allein ſo wenig ich die Zuläſſigkeit dieſer Auffaſſung für die meiſten Rechtsgeſchäfte beſtreiten will, ſo hat ſie doch keinen Anſpruch auf ausſchließliche Geltung. So wie die Hand die Zunge, ſo pflegt umgekehrt auch letztere jene zu ſecundiren, m. a. W. der Nachdruck kann auch auf dem Handeln ruhen und die Rede nur den Zweck haben, daſſelbe zu erläutern, oder zu conſtatiren.[749] Es iſt eine beachtenswerthe Eigenthümlichkeit des älteren Rechts, namentlich aber des Proceſſes, daß ſie alle relevanten Thatſachen, wenn ich nach Analogie des Ausdrucks: aktenkundig ſo ſagen darf, ohrenkundig machen. Es genügt z. B. zum Anfang der Verhandlungen nicht, daß die Parteien da ſind, ſie müſſen außerdem noch aufgerufen, citirt werden und durch Antwort ihre Anweſenheit conſtatiren. Ebenſo die Richter bei dem Verfahren der Quaestiones perpetuae. Haben die Parteien geſprochen, ſo erfolgt mündlicher Aktenſchluß durch das Wort des Gerichtsdieners: dixerunt.[750] Auch der Anfang und das Ende der Sitzung muß durch Ausruf deſſelben verkündet werden,

749) Als Beiſpiel möchte ich die Ertheilung der Vindicien nennen.

750) Quint. I, 5 §. 43 „dixere“ . . praeco pronuntiet. Gehört dahin auch Liv. III, 44 lictor decresse ait?

ähnlich wie bei der Abhaltung der Auspicien das „Silentium" durch Meldung des Augurn an den Magistrat.[751])

Aus Gründen der Darstellung behandle ich das wichtigere Element erst an zweiter Stelle und beginne mit den Zeichen und Handlungen.

Ich habe in §. 45 drei Arten derselben unterschieden: symbolische, repräsentative und restduäre, und für die beiden letzten dort bereits die meisten Beispiele aufgeführt, die das ältere Recht uns darbietet. Es verbleibt uns hier noch die erste Classe, und für sie liefert das ältere Recht und Leben eine reiche Ausbeute.[752])

Die Fasces mit den Beilen in den Händen der Lictoren erinnern das Volk an das den Consuln zustehende Recht über Leben und Tod, das Schwert in den Händen des Judex quaestionis der spätern Zeit enthält für den Angeklagten die Mahnung, daß über seinem Haupte das Schwert schwebe; wenn die Todesstrafe vollzogen werden soll, so kehrt der Magistrat, der den Befehl zu seiner Hinrichtung gibt, das Gewand um.[753]) Der Speer ist das Symbol des Kampfes; er verkündet dem Feinde, wenn er über dessen Gränze geworfen wird, den Krieg, daheim aber gilt er als Zeichen des Eigenthums, denn der ältesten Rechtssymbolik gilt nicht die Arbeit, sondern die Erbeutung vom Feinde als die eigentliche Wurzel des Eigenthums (I. S. 113). Der Sie-

751) Das Material zu dem obigen s. bei Pseudo Ascon. in Verrem I, §. 55 (Orelli II, 152) II, §. 1 (Orelli II, 156). Cic. de divin. II, 34. Servius ad Virg. I, 656. Plin. H. N. VII, 60. Briss. de voc. ac form. I, c. 219. V, 213.

752) Die gründliche und gelehrte Schrift von Ever. Otto: de Jurisprudentia symbolica exercitationum trias. Traj. ad Rhen. 1730 behandelt nur einzelne Seiten des Gegenstandes und schließt selbst rücksichtlich ihrer manche Nachträge nicht aus. Mit Rücksicht auf sie habe ich im Folgenden es mir regelmäßig erspart, die Belegstellen anzuführen. Eine Zusammenstellung der Symbole des deutschen Rechts gibt J. Grimm in seinen Rechtsalterthümern S. 109 fl.; s. auch Reyscher Beiträge zur Kunde des deutschen Rechts und Arnold Cultur und Rechtsleben S. 292.

753) Seneca de ira I, 16: perversa magistratui induenda vestis.

gelring ist das Mittel der Beglaubigung und daher das Zeichen der Glaubwürdigkeit und das Vorrecht des freien Mannes; daher die Sitte, ihn als Unterpfand (arrha) zu geben z. B. beim Kauf, bei der Verlobung und durch ihn, wie z. B. bei Uebergabe an den erwählten Erben, die Zuwendung des höchsten Vertrauens zu documentiren.[753a]) Die goldenen Ringe als Anzeichen des Ritterstandes, beziehungsweise der freien Geburt stammen erst aus späterer Zeit, die ältere kannte nur eiserne.[754]) Der Hut (pileus) ist das Zeichen der erlangten oder wiedererlangten Freiheit. Woher dies? Man hat es mit der bei dieser Gelegenheit Statt findenden Sitte des Haarschneidens in Verbindung gebracht; der Hut habe zur Bedeckung des nackten Kopfes dienen sollen.[755]) Der Sitte des Haarscheerens liegt wohl der Gedanke zu Grunde, daß der Freigewordene damit Alles, was ihm aus der Zeit der Gefangenschaft anklebt, gründlich abthue und ein libe-

753a) F. Hofmann, über den Verlobungs- und den Trauring. Wien 1870. S. 22, 24.

754) Macrob. Sat. VII, 13: Veteres non ornatus, sed signandi causa anulum secum circumferebant, unde nec plus habere quam unum licebat nec cuique nisi libero, quos solos fides deceret. Plinius H. N. XXXIII, c. 6. Otto p. 204.

755) Otto p. 172. Ueber den Fall der wieder erlangten Freiheit oder der Rückkehr des Römers aus feindlicher Gefangenschaft, dessen Otto nicht gedenkt, s. Liv. XXX, 45. XXXIV, 52. Val. Max. V, 2. §. 5, 6 u. a. Der Hut kam auch auf dem Kopf von zum Verkauf ausgebotenen Sklaven vor zum Zeichen, daß der Verkäufer für sie keine Garantie übernehme (servi pileati) Gell. VII, 4; soll er bedeuten, daß der Sklave die Bedeckung nöthig habe, weil man ihm nicht auf den Kopf sehen dürfe? Bei dem Verkauf der Sklaven kamen überhaupt manche Zeichen vor, so z. B. der Kranz auf dem Kopf der Kriegsgefangenen (sub corona venire). Woher der Kranz? Gell. VII, 4 deutet eine Erklärung an, die viel Wahrscheinliches hat, obschon er selbst sie verwirft, nämlich corona bezog sich ursprünglich auf die corona militum, ward aber später als Kranz verstanden — ein Seitenstück zu den vielen etymologischen Mythen des römischen Alterthums, Schwegler Röm. Geschichte Bd. I S. 70. Sklaven, die übers Meer nach Rom gebracht waren, wurden bei ihrer Ausstellung zum Verkauf an den Füßen mit Gyps bezeichnet, Brisson. VI c. 10.

rum caput erlange. Bänder drücken die friedliche Stimmung aus — offenbar als Zeichen des festlichen Schmuckes[756] — das heilige Kraut (sagmina) in den Händen der Gesandten die Unantastbarkeit. Das Zerbrechen der tessera hospitalis kündigt die Gastfreundschaft auf.[756a] Feuer und Wasser sind die Symbole der religiösen Gemeinschaft (B. 1 S. 288), das Brod das der häuslichen, daher die Anwendung derselben bei Eingehung der confarreirten Ehe. Das Haus des Mannes ist der natürliche Aufenthaltsort der Frau, und darum bedarf es bei Eingehung der Ehe der feierlichen Einführung der Neuvermählten in das Haus des Mannes (deductio in domum); durch Abwesenheit vom Hause während dreier Nächte unterbricht sie die Ersitzung der Manus. Die Uebergabe der Schlüssel an sie bedeutet die Abtretung, die Rückforderung derselben die Entziehung ihres häuslichen Regiments, d. h. die Ehescheidung. Das Tragen einer leeren Schüssel (lanx) soll bei der Haussuchung nach gestohlenen Sachen das Suchen ausdrücken;[756b] um den

---

756) Roßbach a. a. O. S. 288: „Die Pontifices, die Ambarvalbrüder, die Flamines schmücken sich damit, Opferthieren werden sie um den Kopf gehängt, Schutzsuchende tragen sie auf dem Haupt und an ihren Stäben, sie hängen an den Altären und Pforten der Tempel, auch die Thüren der Privathäuser werden bei feierlichen Gelegenheiten damit geschmückt."

756a) Th. Mommsen, Röm. Forschungen I S. 343.

756b) Die Erklärungen der Schüssel bei den Alten sind wunderlich; s. Gaj. III 193: ideo, ut manibus occupantis nihil objiciatur, sive ideo, ut quod invenerit, ibi imponat; Festus sub lance (Müller p. 117) lancem ante oculos tenebat propter matrum familias aut virginum praesentiam. Puchta Instit. §. 273 hält die Ansicht: „die Schale sei über den Kopf gehalten worden, damit die Hände nicht frei wären" für die wahrscheinlichste — als ob man mit Erfolg suchen könne, ohne irgend etwas mit der Hand von der Stelle zu bewegen! andere (z. B. Böcking, römisches Privatrecht. 1862 S. 150 Note 15. Kuntze Excurse über röm. R. S. 502) haben darin eine „rituale Form mit der priesterlichen Binde und der Opferschüssel" gefunden — als ob es sich dabei um eine priesterliche Handlung und um ein Opfer gehandelt habe. Der nach griechischem Recht (Keller, Institutionen. S. 140) zu schwörende Eid, durch den man auf diese seltsame Idee gerathen ist, war nichts als ein juramentum calumniae, wie er auch bei der

Suchenden zu verhindern, die Sache heimlich mit einzubringen, darf er mit nichts bekleidet sein als einem Schurzfell (linteum). Stuhl und Bank verkünden das relative Rangverhältniß zwischen den patricisch-sitzenden Personen. Der Magistrat als Vorsitzender hat das Vorrecht des Stuhls, die plebejischen Tribunen und Aedilen, die Geschwornen und Senatoren müssen sich mit Bänken begnügen.[756c]) Das Abbrechen eines Zweiges gilt als Besitzesstörung zum Zweck der Unterbrechung der Usucapion,[757]) das Werfen eines Steines als Zeichen der Einsprache gegen Neubauten. Die Kriegsgefangenen werden zum Zeichen ihrer Dienstbarkeit unter das Joch durchgetrieben.[758]) Der Pflug ist das natürliche Symbol des seßhaften Lebens, und darum wird der Raum der neu zu gründenden Stadt mit dem Pfluge abgemarkt, an den Stellen aber, wo die Thore stehen sollen, der Pflug gehoben, um damit anzudeuten, daß hier der Ausgang frei sei. Wird das Staatsgebiet erheblich erweitert, so zum Zeichen dessen auch das Pomörium, der freie Raum an der Stadtmauer.[758a]) Wer unabsichtlich einen Andern erschlagen, stellt zur Abwendung der Blutrache statt seiner einen Sündenbock (B. 1 S. 187). Mohn- und Knoblauchköpfe vertreten die ursprünglichen Menschenopfer, Binsenmänner, welche alljährlich in die Tiber gestürzt werden, sollen dem Fluß-

act. ad exhibendum geschworen werden mußte (L. L. 6 §. 2 de edendo 2. L. 3). — Ich wüßte nicht, wie man die Absicht, etwas zu holen, symbolisch besser ausdrücken könnte, als dadurch, daß man einen Menschen eine leere Schüssel in die Hand gibt — man sehe sich einmal unsere Dienstmädchen an, die mit einer leeren Schüssel oder einem leeren Korbe das Haus verlassen, und frage sich, was sie wollen?

756c) Mommsen, Röm. Staatsrecht I S. 322, 323., wo S. 318 und fl. Genaueres über das Sesselrecht.

757) Cicero de orat. III, 28: ut ex jure civili surculo defringendo usurpare videatur.

758) Missio sub jugum. Aehnlich das sororium tigillum, unter das Horatius hindurch mußte. Liv. I, 26.

758a) Jedoch nur bei der Erstreckung des Herrschaft auf italiänischen Grund und Boden, Seneca de brevitate vitae c. 14.

gott die menſchlichen Leiber erſetzen, die er als ſeinen Tribut fordert.[759]) Eine Maske (persona) deutet an, daß der Erbe die Perſon des Erblaſſers repräſentirt,[760]) denn die Maske enthält die Nachbildung der Perſon.

Eine ausgedehnte Verwendung hat aus nahe liegenden Gründen der menſchliche Körper gefunden.[761]) Der Kopf gilt als Träger der Rechtsfähigkeit und Perſönlichkeit, für die er auch den Namen (caput, capitis deminutio) hat hergeben müſſen. Was die ganze Perſon ergreift, wird daher ſymboliſch durch Berühren des Kopfes ausgedrückt, ſo z. B. bei der Inauguration des Königs und bei der Freilaſſung;[762]) bei dem Gange zur Hinrichtung wird der Kopf zurückgebogen.[762a]) Das Nicken mit dem Kopf gilt bei Auctionen als höheres Gebot.[762b]) Die Stirn iſt der Sitz der Schaam, die Braut verhüllt ſie, dem Calumnianten wird auf ſie das Brandmal eingebrannt.[763]) Das Beugen des Kniees drückt die Unterwerfung aus. Des Scheerens des Haares iſt bereits oben gedacht, die Vernachläſſigung deſſelben iſt das Zeichen, daß Jemand in Anklagezuſtand verſetzt iſt. Das Ohr iſt der Sitz des Gedächtniſſes, man zupft es dem Zeugen, um ſein Erinnerungsvermögen anzuregen.[764])

Die hervorragendſte Stellung unter den Körpertheilen nimmt die Hand ein, ſie folgt unmittelbar auf das Organ, das bei jedem Rechtsgeſchäft in Thätigkeit treten muß, die Zunge, und

---

759) Eine andere Deutung gibt Macrob. Sat. I, 11 a. E.

760) Macrob. ibid. II, 7: heredis fletus sub persona risus est.

761) Die Symbolik des menſchlichen Körpers bildet den Hauptgegenſtand des Werkes von Otto; es findet ſich in dieſem Abſchnitt freilich manches Problematiſche.

762) Liv. I, 18 . . si est fas hunc Numam Pompilium, cujus ego caput teneo, regem Romae esse. Man wird an das altteſtamentliche Salben der Könige erinnert. Ebenſo beim pater patratus. Liv. I, 24.

762a) Suet. Vitell. 17 reducto coma capite, ceu noxii solent.

762b) Suet. Calig. . . capitis motu nutantem.

763) Otto p. 132 sq.

764) Otto p. 141. 142.

steht mit ihr, wie oben bemerkt, in engster Verbindung. Ist es die Zunge, die den Entschluß verkündet, so ist es die Hand, welche ihn ausführt; sie ist recht eigentlich das Organ des Willens und vom Standpunkt der natürlich-sinnlichen Auffassung ist „Handeln" und die „Hand rühren" gleichbedeutend. Es ist hier nicht meine Absicht, auf die unendlich reiche allen Völkern gemeinsame Zeichensprache der Hand weiter einzugehen; gibt es doch kaum eine Gemüthsbewegung, welche die Hand nicht in ausdrucksvoller Weise zu begleiten versteht, kaum einen solennen Akt aus der Kindheitszeit der Völker, bei dem sie nicht eine Rolle spielt. Die dem Feinde dargebotene Hand gilt ihm als Zeichen der Versöhnung, Handschlag als Unterpfand der Treue bei Versprechungen,[765] das Schließen der beiden Hände muß die Wehrlosigkeit und Ergebung, die Vereinigung der Hände der beiden Gatten bei der Hochzeit[766] ihre Vereinigung ausdrücken; bei der Anrufung der Götter strecken sich die Hände gen Himmel,[767] bei der Devotio gegen die Brust oder das Kinn,[768] bei einer an die Menge gerichteten Aufforderung dient das Erheben der Hand oder des Fingers als Ausdruck der individuellen Bereitwilligkeit.[769]

---

765) Auch in Rom, s. Danz der sacrale Schutz S. 140. Daher fidem und dextram dare gleichbedeutend. Seneca de benef. III 15 ille non est interrogatione contentus, nisi reum manu sua tenuit. Die Zurückführung des Mandats auf diese Sitte bei Isidor Orig. V, 24, 20 (mandare) ist eines von den vielen etymologischen Märchen, an denen dies Kapitel von Isidor so reich ist (s. z. B. oben Note 747).

766) Roßbach a. a. O. S. 308. Ebenso bei Abschluß eines Friedens.

767) Brisson. de voc. ac form. I. c. 62. Beim Votum I. c. 179. Bei dem Opfer vorheriges Waschen der Hände als Zeichen der Reinheit, I. c. 5.

768) Je nach Umständen. Vergleiche Liv. VIII, 9 mit Macrob. Sat. III, 9.

769) So in Rom namentlich bei öffentlichen Licitationen von Seiten des Steigerers, der daher man-ceps hieß. Brisson. de voc. ac form. IV c. 85. Aber auch bei andern Gelegenheiten. S. z. B. Liv. III, 46 . . . quum instaret . . ut sponsores daret . . . manus tollere undique multitudo et se quisque paratum ad spondendum ostendere.

Die für das Privatrecht bei weitem wichtigste Function der Hand besteht in dem Greifen und Ergreifen, und rücksichtlich ihrer fließen der symbolische und praktisch-realistische Gesichtspunkt fast unterschiedslos in einander über. Das Ergreifen der Sache bei der Mancipation oder des Schuldners bei der Personalexecution verstattet ebensowohl die Deutung eines ernstlich gemeinten Aktes zum Zweck der physischen Bemächtigung der Person oder Sache als die eines symbolischen Aktes zum Zweck der Kundgebung der behaupteten rechtlichen Herrschaft. Ja es bietet sich noch eine andere Deutung dar, nämlich die rein deiktische: der Gegenstand wird ergriffen, um dadurch aufs unzweideutigste darzuthun, daß er es ist, den man im Sinn hat, und für einzelne Fälle ist diese Annahme völlig unabweisbar, so z. B. für die Testamentserrichtung, wenn der Testator die Worte spricht: haec uti in his tabulis cerisve scripta sunt u. s. w. und dabei das Testament in der Hand hält. [770])

Das Greifen als solenne Handlung begegnet uns auch außerhalb des Rechts, namentlich bei gewissen religiösen Akten. Bei Einweihung des Tempels muß der Magistrat oder der Pontifex Maximus,[771]) der den Akt vollzieht, indem er die solennen Dedicationsworte spricht, die Pfosten des Tempels ergreifen. [772]) Bei der Anrufung der Mutter Erde in der Devotionsformel wird die Erde erfaßt, [773]) bei dem Eide und dem das Opfer begleitenden

770) Gaj. II, 104.

771) Daß Beide die Pfosten gehalten, wie Marquardt in Becker Handb. der röm. Alterth. IV S. 226 annimmt, beruht auf Mißverständniß und wäre eine Monstrosität gewesen, es hätten denn Beide zugleich dediciren müssen, was wiederum nicht möglich. Der Pontifex ward da, wo er nicht selbst dedicirte, dadurch nicht dedicirendes Subject, daß er dem dedicirenden Magistrat die Formel vorsprach.

772) Liv. II, 8. Cic. pro domo 46, 47. Val. Max. V, 10 §. 1. Serv. ad Georg. III, 16. Daher die Wendung dedicare, consecrare manu Cic. de leg. II, 2, pro domo 40, u. a.

773) Bei Macrob. Stat. III, 9. Ebenso beim Votum an die Ops I, 10 und bei den religiösen Spielen. Cic. de harusp. resp. 11: si puer ille patrimus et matrimus terram non tenuit. Arnob. adv. gent. IV, 31.

Gebet der Altar.[774]) Warum? Der Altar ist nicht der Gegenstand, den der Eid oder das Gebet betrifft, die deiktische Deutung des Greifens ist hier also völlig ausgeschlossen. Ich meine, es ist dieselbe Idee, die dem Handauflegen bei Ertheilung des Segens zu Grunde liegt. Bei dem letzten Akt soll die Hand gewissermaßen den Leiter abgeben, durch den der Segen auf das Haupt des Empfängers hinüberströmt, der spirituelle Rapport, die rein geistige Einwirkung wird durch das Verhältniß der physischen Berührung nicht bloß *symbolisch angedeutet*, sondern für die sinnliche Auffassung dadurch überhaupt erst *ermöglicht*, ähnlich wie zur Fortpflanzung des elektrischen Stroms eine Berührung nöthig ist.[775])

Läßt sich nun diese Tendenz der substantiellen Substruction spiritueller Einwirkungen und Beziehungen in diesen und andern Fällen nachweisen, so werden wir schwerlich fehl greifen, wenn wir ihr auch für das Recht eine gewisse Geltung vindiciren. Die abstracte Erfassung des Willens als einer rein spiritualistischen Potenz d. h. als einer Macht, die durch das bloße *Verkündigen* des Entschlusses ihre rechtlich gestaltende Kraft bethätigt, ist der natürlich sinnlichen Periode zu hoch, der Zug des Materialistischen, der allen ihren Begriffen und Anschauungen eigen ist (§. 43), verläugnet sich auch in ihrem Willensbegriff nicht. Darum soll die *innere* Beziehung, in die der Wille zu einem Gegen-

774) Ueber den Eid s. die Belege bei Briss. a. a. O. VIII, c. 10 und *Danz* der sacrale Schutz S. 45, 113; über das Opfer bei Briss. I. c. 63 namentlich Macr. Saturn. III, 2 . . . quod litare *sola non possit oratio*, nisi is qui deos precatur etiam aram manibus apprehendat. Wer beim Zeus schwor, dem Träger des Donnerkeils, hatte als Andeutung daran einen Feuerstein in der Hand. Festus: Lapidem silicem tenebant juraturi per Iovem.

775) Deutet Macrobius mit den gesperrten Worten der vorigen Note nicht auf diese Idee hin, daß das bloße Wort zu wenig substantiell sei, um zu genügen? — Beruhte auf dieser Vorstellung auch die Sitte, (die Stellen bei Briss. I. c. 49) die den Göttern gebrachten Geschenke an die Pfosten der Tempel aufzuhängen?

ſtand treten will, ſich in der äußeren, die rechtliche Ergreifung ſich in der phyſiſchen ſichtbar ausprägen; der Wille muß, ſo zu ſagen, ſubſtantiell in die Sache hinüberſtrömen, um ſie mit ſeiner Macht und Kraft zu erfaſſen. Das Organ aber, in dem dieſe Macht und Kraft zur Verwendung nach außen hin bereit liegt, iſt die Hand. Denn die Hand iſt der eigentliche Sitz der activen phyſiſchen Kraft. So wird alſo die Hand das Werkzeug, das Symbol und der techniſche Ausdruck (manus) für die rechtliche Herrſchaft.[776]

Sie wird das Werkzeug. Wo die rechtliche Herrſchaft begründet werden ſoll, muß die Hand das Object derſelben ergreifen. So zunächſt bei der Mancipation beweglicher Sachen.[776a] Ob daſſelbe nicht auch in älteſter Zeit für unbewegliche Sachen galt — etwa in der Weiſe, daß wie bei der Vindication eine Scholle ſie repräſentirte[776b] — darüber gebricht es uns an jedem äußern

---

776) Die relativ niedere Natur der factiſchen Herrſchaft des Beſitzes gegenüber der rechtlichen des Eigenthums drückt die Sprache dadurch aus, daß ſie jenes Verhältniß als bloßen Zuſtand des Seins auf und in der Sache (Sitzen: Beſitzen, sedere: possidere) erfaßt, dieſes dagegen als Gewaltverhältniß (manus, mancipium, mancipare), es liegt darin die geringere Anſpannung der Kraft und des Willensvermögens ausgeſprochen.

776a) Gaj. II, 119, 121. An der erſten Stelle hat die Handſchrift „rem tenens“. Wenn Böcking u. Huſchke auf Grund der Autorität von Boethius ad Top. c. 5 (Orelli p. 322) und Varro de L. L. IX §. 183 (eine Stelle, die auch auf das Nexum bezogen werden kann) das handſchriftliche „rem“ (tenens) in aes verwandeln beziehungsweiſe daſſelbe auf „mancipio accipiebat“ beziehen und ein aes einſchieben wollen, ſo ſcheint mir dies höchſt bedenklich. Daß der Empfänger die Sache ergreifen müſſe, ſagt Gajus in der zweiten Stelle ausdrücklich; mit welcher Hand ergriff er nun das „aes“, mit derſelben oder mit der linken? Wozu auch das Ergreifen des aes, bevor es gegeben war? Das Ergreifen der Sache war in demſelben Moment nöthig, wo das hunc hominem meum esse ajo ausgeſprochen ward; ſo war es bei der vindicatio, und nach dem Geſetz der Correſpondenz der Form zwiſchen der Begründung und gerichtlichen Geltendmachung des Rechts (§ 47b) werden wir daſſelbe auch für die mancipatio annehmen müſſen.

776b) So ſchon Bynkerhoeck (opusc. de reb. manc. c. 10) und neuerdings van Assen Annot. ad Inst. Gaj. I, 121 — zwei Citate, die

Anhaltspunkt.[776c]) Zu Gajus Zeit setzte man sich bei ihnen sogar über das Erforderniß der Anwesenheit hinweg; die Art, wie er sich darüber ausdrückt,[777]) läßt deutlich erkennen, daß er darin eine Abweichung von dem ursprünglichen Wesen der Mancipation erblickt, die sich auf nichts anders stütze, als daß es einmal so gehalten werde (solent mancipari). Daß auch bei der in jure cessio das Ergreifen der Sache nöthig war, ergibt sich nicht bloß aus dem Erforderniß derselben bei der Vindication, von der sie nur eine Nachbildung enthielt, sondern wird auch von Gajus (II, 24 . . rem tenens) ausdrücklich betont. So ferner bei dem capere der zum Vestadienst bestimmten Jungfrau von Seiten des Pontifex Maximus (B. 1 S. 113) und bei dem Fassen der Braut von Seiten des Bräutigams bei der Hochzeit.[778]) Dagegen ist das Volk, wenn es Eigenthum erwirbt oder gewährt, an dieses Requisit nicht gebunden (B. 3 Abth. 2), denn der Wille des Volks besitzt, auch ohne daß er sich reell bethätigt, die nöthige Macht und Kraft, das beabsichtigte Verhältniß ins Leben zu rufen. Daher geht durch Addiction, Assignation und auch, weil es sich ursprünglich auf eine lex des Volks stützte, durch das Testament (Erbschaft und Legat) das Eigenthum ohne äußere Bemächtigung der Sache über. Daß es bei Obligationen der Thätigkeit der Hand nicht bedarf, hat darin seinen Grund, daß es sich bei ihnen weder um eine Herrschaft an einer Person, noch an einer Sache handelt; das substantielle Element des Willens liegt hier

---

ich auf Dirksens Auctorität hin (Sell, Jahrbücher II S. 72) nachschreibe.

776c) An Parallelen aus andern Rechten fehlt es bekanntlich nicht; für das ältere deutsche Recht ist dies bekannt, für das englische Recht s. Gundermann, engl. Privatrecht I S. 205.

777) Gaj. I, 121 . . . item animalia, quae mancipi sunt, nisi in praesentia sint, mancipari non possunt, adeo quidem ut eum qui mancipio accipit, apprehendere id ipsum quod ei mancipio datur necesse sit, unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur, praedia vero absentia solent mancipari.

778) Roßbach a. a. O. S. 328.

in etwas anderem (B. 3 Abth. 2). Kommt es jedoch zur Perſonalexecution, durch welche ſich der Anſpruch gegen oder an die Perſon in ein Recht an der Perſon verwandelt, ſo iſt conſequenter Weiſe wiederum die Hand erforderlich (manus injectio), der Widerſtand des Schuldners erfolgt durch Abwehren der Hand (manum depellere).[779] Wiederum erſcheint die Hand in dem manum conserere des Vindicationsproceſſes. Der Vindicant und nach ihm in derſelben Weiſe der Contravindicant ergreift mit der einen Hand die Sache, mit der andern die Vindicta und berührt mit ihr die Sache, indem er dabei die ſolennen Worte ſpricht.[780] Bei beweglichen Sachen geſchieht dies an der Gerichtsſtätte, bei unbeweglichen verfügten ſich urſprünglich die Parteien mit dem Gerichtsperſonal (Prätor und Lictoren) und Zeugen (superstites) an Ort und Stelle, der Akt ward mithin vor Gericht (in jure im Sinne der XII Tafeln[781]) vorgenommen. Späterhin gingen die Parteien ohne den Prätor hinaus, der Akt ward jetzt ein außergerichtlicher, wie dies die Aufforderungsformel: ex jure (vom Gericht weg) manum consertum vocare[782] kundgibt, ja ſchließlich erſparten ſie ſich dieſen das Verfahren unterbrechenden Gang dadurch, daß ſie von vornherein die das Grundſtück repräſentirende Scholle (S. 513) mitbrachten, zu der ſie dann als zum Grundſtück ſelbſt (wenn auch mit zwei Schritten) ſich hinausverfügten d. h. der Akt blieb juriſtiſch ein außergerichtlicher.[783] Dieſe effective Auf-

779) Gaj. IV, 21.

780) Gaj. IV, 16.

781) So ſtellt Gell. XX, 10 wenigſtens die Sache dar.

782) Cic. pro Mur. c. 12. Ich komme auf die Formel ſpäter zurück.

783) Keller, Der röm. Civilproceß §. 14 conſtruirt den Vorgang etwas anders, indem er den Bericht von Cicero und Gajus in einer Weiſe combinirt, die ihm ſelbſt nicht ganz unbedenklich erſcheint. Ex jure vocare kann aber nur den Sinn haben: zu einem Akt aufzufordern, der nicht in jure vorgenommen werden ſoll, dieſer Akt aber wird bezeichnet nicht als Holen der Scholle — die muß bereits da ſein — ſondern als „manum conserere“. Daſſelbe geſchieht alſo extra jus, möge es an dem Grundſtück ſelbſt oder

gabe des Requisits der Präsenz bei der Vindication unbeweglicher Sachen schloß mit Nothwendigkeit auch die Aufgabe desselben für die Eigenthumsübertragung derselben in sich. Denn was für die Vindication, war eben damit auch für die Abtretung vor Gericht zugelassen. Das Holen der Scholle konnte für beide Verhältnisse keine Schwierigkeiten machen. Wenn die Parteien einig waren, die Scholle, anstatt von dem vielleicht einige Tagereisen weit entfernten Grundstück, vom ersten besten zu nehmen, wer hatte ein Interesse oder ein Recht, es ihnen zu wehren, oder sollte etwa der Prätor den Beweis auferlegen, daß die Scholle wirklich von jenem Grundstück stamme? Kurz in Wirklichkeit war sowohl für die Vindication als die Abtretung vor Gericht die Nothwendigkeit sich auf das Grundstück zu begeben erlassen. Damit hatte letztere aber einen bedeutenden Vorsprung vor der Mancipation erlangt, und sollte diese bei unbeweglichen Sachen nicht aus dem praktischen Gebrauch verschwinden, so mußte man sich bei ihr zu derselben Concession verstehen. Der Uebergang wird hier wahrscheinlich in derselben Weise wie dort durch Repräsentation des Grundstücks vermittelt worden sein, bis man dann schließlich letztere in allen Anwendungen aufgab. (Note 776[b], 776[c]).

Das manum conserere bei der Vindication läßt sich unter einen doppelten Gesichtspunkt bringen. Einmal nämlich unter

---

an der dasselbe repräsentirenden Scholle vorgenommen werden, und eben diese Abweichung von dem in jure manum conserere der XII Tafeln (Gell: contra XII tabulas) wird durch jenes: ex jure . . . vocare in solenner Weise kundgegeben. Nach der Kellerschen Auffassung würden die Parteien das manum conserere im Widerspruch mit dieser Formel in jure vornehmen und (vermöge der Scholle) ein Grundstück vor Gericht bringen, extra jus hingegen das nicht thun, zu dem sie sich durch die obige Formel auffordern: das manum conserere, und wiederum zu dem, was sie thun: zu dem Holen der Scholle, sich nicht auffordern. Mit der Rückkehr vor Gericht ist meiner Ansicht nach der Akt des manum conserere beendet, nach Keller (und ebenso Puchta Instit. II §. 162 Note o im Texte) beginnt er erst jetzt. — S. jetzt hierüber Karlowa, Beiträge zur Geschichte des röm. Civilprocesses Bonn 1865 S. 2 fl.

den, daß die Hand, wie sie Recht *schafft*, so auch dem Inhaber desselben dazu dienen soll, sich Recht zu *verschaffen*, und für *diese* Deutung spricht theils die Bezeichnung des Akts als vindicatio (vim dicere B. 1 S. 163), theils die manus injectio bei der Personalexecution. Sodann aber kann die Hand in jener Anwendung auch eine bloße symbolische Darstellung des in Anspruch genommenen *Rechts* sein, die Kundgebung, daß es sich hier um eine in der Herrschaft (manus) der Partei befindliche Sache handle. Das manum conserere würde hiernach nichts anders sein als ein beiderseitiges manum (dominium, potestatem sibi) asserere, eine plastische Behauptung des Eigenthums, und vermittelst dieser Auffassung würden wir in diesem Akt einen Ausfluß des unten zu erörternden Gesetzes der Correspondenz der Form (§. 47[b]) erhalten: eine Repetition der Hand bei der Begründung und Geltendmachung des Rechts.

Man möchte noch *einen* Anwendungsfall der Hand vermissen. Bedarf es nicht eines *Entlassens aus* der Hand von Seiten dessen, der das Eigenthum überträgt oder aufgibt? Hier greift die bereits früher (B. 1 S. 110) erörterte Auffassung des alten Rechts in Bezug auf den Charakter der Eigenthumsübertragung ein. Der Nachdruck ruht bei letzterer auf dem *Nehmen*, nicht auf dem *Geben*, eine *active* Thätigkeit wird nur von Seiten des Erwerbers verlangt, für den Geber genügt ein *passives* Verhalten: das Dulden des Nehmens. Nur in *einem* Fall bedarf es, eben weil kein Nehmer auf der andern Seite gegenüber steht, als Zeichen der Aufgabe des Rechts eines Loslassens aus der Hand (e manu mittere) nämlich bei der Manumissio. Indem der Herr des Sklaven die solenne Formel spricht, muß er die Hand an ihm halten zum Zeichen, daß er noch ihm gehöre; nachdem er sie gesprochen, läßt er die Hand los zum Zeichen, daß er jetzt seine Macht aufgegeben habe.[784])

784) Fest: *Manumitti* ... caput aut aliud membrum tenens dicebat ... et emittebat. Wie bei der Vindication, (und ursprünglich sicher auch der Abtretung vor Gericht) kehrt auch hier die Auflegung der Vin-

Dieser letzte Akt liefert uns zugleich einen Beleg für die obige Behauptung, daß die Hand nicht bloß ein Mittel zur Begründung der rechtlichen Herrschaft, sondern auch ein Symbol für sie hergegeben hat; in welchem Maße dies auch rücksichtlich des Namens (manus) der Fall war, ist bereits an anderer Stelle (II 163) bemerkt worden.

Das Wort — die Formel und das Formular. — Die solennen Ausdrücke und Formeln — Unabänderlichkeit derselben — Nothwendigkeit des Sprechens.

XLVIIa. Von ungleich höherem Interesse als das erste, im bisherigen betrachtete Element der formellen Geschäfte: die Handlungen und Zeichen, ist das zweite: das Wort. Wir können das historische Verhältniß beider im allgemeinen dahin angeben, daß jenes seinen Ursprung und seine Gestaltung mehr dem Leben und der Sitte, dieses dagegen seine Ausbildung mehr der Jurisprudenz verdankte. Darin liegt eine doppelte Differenz beider. Zuerst die ihrer juristisch-künstlerischen Gestaltung und Durchbildung — das Formelwesen ist der Culminationspunkt der juristischen Kunst, jedes Wort verräth die Hand des Juristen. Und sodann die Differenz ihrer juristischen Geltung. Viele der oben mitgetheilten Handlungen und Gebräuche waren rechtlich keineswegs nothwendig, vielmehr ein bloß decorativer Zusatz, den der Verkehr aus freiem Antriebe den Rechtsgeschäften hinzufügte.

---

dicta wieder. Ueber die symbolische Bedeutung des Schlages, den der Sklav erhält (Unterholzner in der Zeitsch. für geschichtl. Rechtsw. B. 2 Abh. V Anm. 20, 25, 29) kann man verschiedener Ansicht sein. Das Herumdrehen des Freizulassenden — ein Akt, der auch bei der Emancipation vorkam, s. z. B. L. 6 Cod. de emanc. lib. (8. 49): circumductiones — ist bereits früher (S. 507) von mir zu erklären versucht. Uebrigens wiederholte sich derselbe Akt auch in einer Anwendung, in der eine andere Deutung nothwendig wird, nämlich bei der Anbetung der Gottheit, s. die Stelle bei Brissonius l. c. 58.

Die Worte und Formeln hingegen, die wir im Folgenden kennen lernen werden, waren absolut obligater Natur; der Nichtgebrauch derselben machte das ganze Geschäft nichtig.

Eben dadurch unterschied sich die Formel zugleich vom Formular. Die Benutzung jener beruhte auf rechtlicher Nothwendigkeit, die dieser auf freier Wahl, jene war die ausschließliche Form, in der ein bestimmtes Geschäft bei Strafe der Nichtigkeit abgeschlossen werden mußte, diese bot lediglich eine Anleitung zur geschickten und umsichtigen Abschließung desselben, einen Entwurf, dessen Werth theils durch die genaue Berücksichtigung aller bei demselben zu beachtenden materiellen Punkte und Umstände, theils durch die vorsichtig und als angemessen erprobte formelle Redaction desselben bedingt war. Das Formular gewährt uns daher ein treues Bild des Geschäfts selbst nach seinem ganzen Umfang und Inhalt, während die Formel vielfach nur ein abstractes Willensschema war, das seinen concreten Inhalt erst von den Parteien erwartete.

Der Gebrauch der Formulare für Rechtsgeschäfte empfiehlt sich in dem Maße durch Rücksichten der Bequemlichkeit und Zweckmäßigkeit, daß wir ihn wenn auch in sehr verschiedenem Grade zu allen Zeiten und in allen Rechten wiederfinden. Ueberhebt das Formular einerseits die Contrahenten der Mühe der eigenen Abfassung, und bietet es ihnen dafür eine Fassung, die, in der Regel von kundiger Hand entworfen, im Leben bereits ihre Probe bestanden hat, so sichert es ihnen andererseits den Vortheil, sie auf alle bei dem Geschäft in Obacht zu nehmenden Punkte aufmerksam zu machen, es leistet ihnen in der That den Dienst, dem manche Sammlungen derselben ihren Namen entlehnt haben, den „eines getreuen und fürsichtigen Rathgebers."

Zu diesen für alle Zeiten Anwendung findenden Gründen gesellen sich nun für gewisse Culturstufen der Völker und Rechte noch andere hinzu, die dieser Einrichtung für sie eine erhöhte Brauchbarkeit und Geltung verschaffen. In einer Zeit, wo die Schreibkunde und die Herrschaft über die Sprache keine allgemeine

Verbreitung erlangt hat, wird Jeder, der derselben ermangelt, bei allen einigermaßen wichtigen und complicirten Geschäften nahezu gezwungen sich eines Formulars zu bedienen. Damit trifft ein anderer Umstand zusammen. Jene Stufen der Rechtsentwicklung, die wir hier im Auge haben, sind zugleich die, auf denen das Recht und namentlich das s. g. dispositive (besser vielleicht: das suppletorische subsidiäre), Recht am wenigsten entwickelt ist. Unser heutiges Recht ergänzt in vielfacher Weise den ausgesprochenen Willen der Parteien, insbesondere bei Verträgen. Eine Menge von Punkten haben sie gar nicht nöthig ausdrücklich auszumachen, das Gesetz supplirt sie als präsumtiven Willen der Partei (s. g. naturalia negotii), so z. B. beim Kauf den Anspruch des Verkäufers auf Zinsen des Kaufpreises nach seinerseits beschaffter Lieferung der Sache, so im späteren römischen Recht beim pignus das Recht des Pfandverkaufs, das früher durch ein ausdrückliches pactum de vendendo hatte ausbedungen werden müssen, ja in einigen Fällen das Pfandrecht selbst (pignus tacitum). Bei einer solchen Gestalt des Rechts können sich die Parteien, meistens ohne sonderlich Gefahr zu laufen, auf die Hauptpunkte des Geschäfts beschränken; das Gesetz, die Jurisprudenz thut ein übriges. Anders aber auf der von uns supponirten Entwicklungsstufe des Rechts. Hier fehlt es noch an jener Ergänzung des Willens; was gelten soll, muß von den Parteien selbst gesetzt sein, die „lex contractus" muß um so vollständiger sein, je sparsamer, lückenhafter die lex publica ist (S. 300). Eine Menge von Bestimmungen, die in späterer Zeit gesetzliche geworden sind, mußten früher ausdrücklich festgesetzt werden. [785])

Für das alte Rom speciell kam schließlich noch ein fernerer Grund hinzu. Er lag in der formalistischen Strenge des ältern

785) Im dritten System werde ich diesen Uebergang conventioneller Bestimmungen in gesetzliche an verschiedenen Beispielen erläutern; es ist eine der beachtenswerthesten Erscheinungen in der Bildungsgeschichte des spätern Rechts — manchen Rechtssatz kann man nur dann wirklich verstehen, wenn man ihn in seiner vorgesetzlichen d. h. rein vertragsmäßigen Form kennt.

Rechts und Processes. Was half es, wenn ein Vertrag oder ein Testament in materieller Beziehung auch noch so vollständig abgefaßt, dabei aber ein Ausdruck gebraucht war, an dem die stricte Wortinterpretation der ältern Zeit Anstoß nahm? Die Ersichtlichkeit und völlige Zweifellosigkeit des wirklichen Willens glich den Mißgriff in den Worten nicht aus. Hier also kam es vor allem darauf an, sich auch rücksichtlich des Ausdrucks sicher zu stellen, und welche größere Sicherheit ließ sich denken als die Wahl einer Fassung, die bereits in andern Fällen mit Erfolg zur Anwendung gekommen war, die das gefährliche Fahrwasser des ältern Processes bisher glücklich durchschifft, die exegetische Feuer- und Wasserprobe wortklaubender Juristen unversehrt bestanden hatte?

Kein Wunder also, daß jene Einrichtung im ältern Rom eine Verbreitung und Geltung fand, für die uns die Gegenwart jeden Vergleich versagt. Zeugniß dafür legt ab zunächst die hohe Schätzung, ja die literar-historische Celebrität, deren sich die Concipienten und Sammler der Formulare erfreuten.[785a]) Ein neues, geschickt abgefaßtes Formular brachte seinem Urheber mehr Ehre, Anerkennung, Ruhm beim Volke als heutigen Tages die beste juristische Leistung je erwarten darf, und im Namen des Formulars selbst verherrlichte die dankbare Nachwelt noch lange das Gedächtniß des Erfinders.[786]) Selbst die bloßen Sammler gang-

---

785a) So auch in England. Gundermann a. a. O. S. 211 „die Fertigung und Auslegung der gesiegelten oder förmlichen Urkunden, von welchen bloße Handschriften wohl zu scheiden sind, bildet schon frühzeitig eine eigene Wissenschaft mit einer selbständigen Literatur."

786) Welcher Jurist kennt nicht die stipulatio Aquiliana von Aquilius Gallus (zur Zeit Cicero's)? Von seinen Schriften ist uns nichts erhalten, aber jene stipulatio, sowie die postumi Aquiliani und die formulae (actio) doli mali haben seinen Namen auf die Nachwelt gebracht. Ein anderes Beispiel gewährt die cautio Muciana seines Lehrers Q. Mucius Scävola. Die Sache erinnert an eine ähnliche Erscheinung auf dem Gebiete der Medicin. — Tropfen, Pillen u. s. w. verschaffen dem Namen ihrer Erfinder oft eine weitere Celebrität, als die größten medicinischen Entdeckungen sie zu gewähren vermögen.

barer Formulare machten ſich damit einen Namen, wie z. B. Mamilius durch die nach ihm benannten,[787]) und zum vollſtändigen Hausinventar eines ſoliden römiſchen Hausvaters gehörte ſicherlich, wie heutzutage bei Bürger und Bauer eine Sammlung von Hausmitteln aller Art oder ein Briefſteller, ſo damals eine Sammlung ſolcher juriſtiſcher Recepte. Schriftſteller, die Dinge des praktiſchen Lebens behandelten, wie z. B. den Landbau, vergaßen nicht, auch die dahin einſchlagenden juriſtiſchen Recepte mitzutheilen, und in den uns erhaltenen Schriften von Cato und Varro figuriren friedlich neben einander Anweiſungen zur Bereitung des Miſtes und Moſtes, zur Heilung der Krätze des Viehs und Zauberſprüche gegen Podagra mit wohl clauſulirten Anleitungen und Formularen zum vorſichtigen Ankauf des Viehs, zum Verdingen der ländlichen Arbeiten, zum Verkauf der Früchte und zu andern Geſchäften.[788])

Wir ſind leicht geneigt, wie den Werth und das Verdienſt, ſo auch die Schwierigkeiten der Anfertigung ſolcher Formulare zu unterſchätzen. Ein neues Formular bedeutete für den Verkehr eine neue Bahn, die er einſchlagen konnte, und die er bis dahin vielleicht ſchon lange vergebens geſucht hatte; es war eine in praktiſcher Beziehung ungleich wichtigere Leiſtung, als wir von unſerm Standpunkt aus uns denken, und der Vergleich mit der Erfindung eines probaten mediciniſchen Hausmittels, das viele mediciniſche Bücher aufwiegen kann, trifft auch in dieſer Beziehung zu. Die Schwierigkeiten lagen nicht bloß darin, worin wir heutzutage ſie allein ſuchen würden: in der genaueſten Beachtung aller irgendwie in Betracht kommenden Punkte, in der Berechnung und Berückſichtigung aller Eventualitäten und der ſorgfältigſten Wahl des

787) Varro de re rust. II, 5, 7.

788) S. z. B. Cato de re rustica 144: oleam legendam hoc modo locare oportet, 145 . . faciendam hac lege und die folgenden Kapitel. Varro de re rustica II, 2: emtor stipulatur prisca formula sic; c. 3. 4, 5: eos cum emimus domitos, stipulamur sic . . . cum indomitos, sic.

Ausdrucks. Es geſellten ſich noch zwei andere durch die Eigenthümlichkeit des ältern Rechts bewirkte hinzu. Einmal nämlich die Anforderung einer *kunſtgerechten Redaction* im Sinne der ältern Jurisprudenz (ſ. u.) und ſodann eine andere, die ich hier nur andeuten kann und erſt bei einer andern Gelegenheit (B. 3 §§. 56, 58) genauer beſprechen werde. Nicht ſelten nämlich kam es darauf an, erſt durch eine geſchickte Manipulation, durch Umwege u. ſ. w. die *juriſtiſche Möglichkeit* des Geſchäfts zu vermitteln, den Geſichtspunkt aufzufinden, der demſelben freien Eingang in's Recht gewährte. Kurz es galt eine eigenthümliche Aufgabe der *juriſtiſchen Conſtruction*, die einerſeits nicht bloß die vollſtändige Beherrſchung des Rechts, ſondern andererſeits ein gewiſſes Geſchick und Erfindungsvermögen vorausſetzte.

Das Material, das uns für die im Folgenden zu verſuchende Bearbeitung des Formelweſens zu Gebote ſteht, leidet an einer doppelten Unvollkommenheit. Zunächſt ſind uns nämlich von einer nicht unbeträchtlichen Zahl von Rechtsgeſchäften die betreffenden Formeln theils gar nicht, theils lückenhaft erhalten,[789] und von dem großen Vorrath der Formeln des Legisactionen-Proceſſes (ſ. u.) beſitzen wir kaum mehr als die eine und andere. Sodann und vor allem aber ſtützt ſich das meiſte, was wir wirklich haben, wenigſtens die Formeln und Notizen, welche das Privatrecht betreffen, auf die Referate der ſpätern klaſſiſchen Juriſten, und dieſe theilen uns regelmäßig nur das zu *ihrer* Zeit Geltende mit. Die Annahme, daß dies ſtets auch das Urſprüngliche geweſen, iſt aber aus dem Grunde höchſt mißlich, weil die Bande

789) So fehlen uns z. B. *gänzlich*: die Formeln der confarreatio, diffarreatio, coemptio, des nexum; bei den von Gajus III, 174 und II, 104 mitgetheilten Formeln der nexi solutio und familiae mancipatio ſind gerade die entſcheidenden Worte ausgefallen, und welchen Werth die modernen Reſtitutionsverſuche haben, werden wir unten Gelegenheit finden zu zeigen.

des Formalismus ſich nachweisbarermaßen zu ihrer Zeit ſchon vielfach gelockert hatten. Der Geiſt der alten Jurisprudenz, jene Peinlichkeit und Strenge in den Worten, der Sinn und das Verſtändniß für das Formelnweſen war bereits im Scheiden. Ein alter Juriſt hätte ſich nie auch nur die geringſte Abweichung in der Mittheilung einer Formel erlaubt; an derartigen Beiſpielen aus der ſpätern Zeit fehlt es keineswegs.[790]) Neben der alten Formel wurden zur Auswahl andere neuere zugelaſſen — ebenfalls ein entſchiedener Abfall vom Geiſt der älteren Zeit, denn die duldete, ſo weit ich habe bemerken können, für jedes Geſchäft nur eine Formel. Für einzelne Fälle gewähren die Quellen noch die Möglichkeit, dieſen Abſtand zwiſchen der alten und neuern Zeit, ja ſogar den zwiſchen der nur durch ein halbes Jahrhundert getrennten Zeit des Gajus und des Ulpian ſtreng nachzuweiſen. So erklärt jener eine Ungenauigkeit in der Faſſung der Stipulation für ſchädlich, die dieſer als einflußlos bezeichnet.[791]) So kennt Ulpian drei Formeln der Erbeseinſetzung, die uralte: heres esto, und zwei andere, von denen Gajus nur eine für zuläſſig erklärt, und dies in einer Weiſe, aus der man deutlich erſieht, daß man ſich erſt zu ſeiner Zeit darüber geeinigt hatte.[792]) Ein ähnliches Verhältniß waltet zwiſchen den von ihnen angegebenen Formeln der Vermächtniſſe ob.[793]) Was hier zufälligerweiſe nachweisbar iſt — und es iſt dies erſt ſeit Auffindung des Gajus — wird ſich

790) Man vergleiche z. B. die Mancipationsformel bei Gaj. I, 169: isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra mit der bei Paulus Vat. fr. §. 50 emtus mihi est pretio und die Vertauſchung der Conjunction cum und quod bei Ulp. XXII, 28 und Gaj. II, 166.

791) Vergleiche Gaj. III, 102 mit L. 1 §. 4 de V. O. (45. 1).

792) Ulp. XXI. Gaj. II, 117 . . sed et illa (heredem esse jubeo) comprobata videtur.

793) Gaj. II, 201. Ulp. XXIV, 4. ſ. Note 827a. Die Formel: dare jubeo kennt Gajus noch nicht, während er die Formel „dato" neben der urſprünglichen „damnas esto dare" für zuläſſig erklärt. Bei der Freilaſſung (II 267) war, wie ſich jetzt durch Studemunds Vergleichung ergeben hat, die Formel: liberum esse jubeo bereits zu ſeiner Zeit approbirt.

auch in andern Fällen wiederholt haben, von denen uns keine Kunde aufbewahrt iſt. Solche Beobachtungen mahnen aber zur Vorſicht und Kritik in der Benutzung des Materials.

Auf welche Unterlage kann dieſe Kritik ſich ſtützen? Das Formelweſen beſchränkte ſich, wie ich früher bemerkt habe, keineswegs auf den Proceß und das Privatrecht, ſondern erſtreckte ſich auch auf das öffentliche und geiſtliche Recht und die Religion, und zwar entſtammte es in allen dieſen Anwendungen einer und derſelben Hand: der der Pontifices (§ 42). Dies iſt ein höchſt wichtiger Umſtand. Denn er erſchließt uns für unſer Unternehmen eine reichhaltige Quelle des Materials, er verſtattet uns nämlich, die Lücken des einen Theiles aus dem andern einigermaßen zu ergänzen. Beſonders werthvoll wird er aber dadurch, daß gerade jene Anwendungsgebiete des Formalismus, die uns zunächſt nicht intereſſiren, Formeln aufzuweiſen haben, welche unläugbar in das früheſte Alterthum hinaufreichen, wie z. B. die von Livius mitgetheilten des jus fetiale (ſ. u.). Legen wir dieſe und andere unſerer Unterſuchung zu Grunde, ſo wird es uns gelingen, uns des weſentlichen Kerns des alten Formelnweſens zu bemächtigen. Was von den Formeln oder den auf ſie bezüglichen Erſcheinungen der ſpätern Zeit mit dem ſo Gefundenen im entſchiedenen Widerſpruch ſteht, von dem werden wir behaupten dürfen, daß es, weil den Charakter der alten Zeit verläugnend, neuern Urſprungs ſein muß.

Der formelle Charakter unſeres zweiten Elements der Rechtsgeſchäfte beruhte auf zweierlei: (1) es waren beſtimmte Worte, und dieſelben mußten (2) geſprochen werden. Unterziehen wir dieſe beiden Momente einer nähern Betrachtung.

1. Moment der Beſtimmtheit.[794]

Es waren beſtimmte, d. h. ein für alle Mal vorgeſchriebene Worte oder Sätze, deren ſich die Parteien für die verſchiedenen

794) Verba certa, solennia (d. i. sollo = toto anno = alljährlich

Rechtshandlungen, sowohl des Processes als des Verkehrs zu bedienen hatten. Diese Bestimmtheit aber war graduell verschieden. Bei der einen Handlung war die Partei mehr, bei der andern weniger eingeengt, bald war es eine längere Formel, eine ganze Litanei, die sie nachzubeten hatte, bald nur ein einzelnes Schlagwort, ein das Geschäft bezeichnender Kunstausdruck, den sie gebrauchen mußte — gewissermaßen eine bloße, dem Geschäft anzuheftende Etikette. Begreiflicherweise mußte überall dem concreten Inhalte des Geschäfts Raum gelassen werden sich zu entfalten, jedes einzelne Geschäft bestand daher nothwendigerweise aus einer Combination eines abstracten oder festen und eines individuellen oder concreten Bestandtheils. Aber in sehr verschiedener Weise. Es liegt z. B. auf der Hand, daß der Proceß sich nicht ausschließlich in fest bestimmten Formeln bewegen konnte, der Verhandlung der Parteien mußte vielmehr ein angemessener Spielraum gelassen werden, und nur für die entscheidenden Momente desselben mochte man zur bestimmteren Hervorhebung und dauernden Fixirung derselben die Benutzung einer Formel verlangen.[795])

---

wiederkehrende) legitima (streng genommen die einer lex entnommenen, allein der Sprachgebrauch ist ein weiterer). Ulp. IX, 1. XIX, 3. Gaj. I, 112. IV, 29. Gell. XI, 1. Briss. I. c. 181. Bei Nichtjuristen andere Ausdrücke z. B. carmen, solenne carmen, certa nuncupatio verborum und auch formula in Anwendung auf Rechtsgeschäfte (bei Juristen vorherrschend von der Formula des Formularprocesses gebraucht, bei Gaj. IV, 24 forma für eine legis actio, s. auch L. 2 §. 7, 12 de orig. jur. 1. 2). Der Ausdruck: concepta verba (z. B. beim Eid: Briss. VIII, 10, und Formularproceß) weist auf die Abfassung im einzelnen Fall hin, allein wie die conceptae feriae (im Gegensatz der stativae, die ipso jure an bestimmte Tage geknüpft waren) dem Herkommen nach zum Theil immer auf gewisse Tage gelegt wurden, also stehend waren (Macrob. Stat. I, 16), ungeachtet sie ihrem Begriff nach lediglich auf der freien Bestimmung des Magistrats beruhten, so auch vielfach die concepta verba.

795) In der Vindicationsformel bei Gajus IV, 16 wird auf einen solchen vorausgegangenen freien Vortrag der Partei Bezug genommen: ... secundum suam causam, sicut dixi. Diese Bedeutung des „sicut dixi" wird freilich von Manchen bestritten, s. z. B. Karlowa, Beiträge

Eine Fixirung und Concentrirung des eigentlichen Streitpunktes in Form einer Thesis ist wie für eine Disputation so auch für den Proceß von großem Nutzen. Ohne die der Verhandlung nöthige Freiheit zu beeinträchtigen, verhindert sie, daß der Streit sich in's Unbestimmte verliere, und daß schließlich gar der eigentliche Streitpunkt zweifelhaft werde. Unser heutiger Proceß macht den Mangel dieser Einrichtung vielfach sehr fühlbar.

Im Unterschiede vom Proceß war dagegen das Testament sowohl rücksichtlich seiner Einrichtung im Ganzen als seiner einzelnen Dispositionen von Anfang bis zu Ende ausschließlich an feste Formeln gebunden, es gab in ihm kein Fleckchen, auf dem man sich frei hätte bewegen können. Die Einsetzung des Erben, die Enterbung, die Vermächtnisse, die Ernennung des Vormundes, die Ansprache an den familiae emtor und dessen Antwort — alles hatte seine bestimmte Form und zum Theil auch seine bestimmte Ordnung (s. u.). Bei der Stipulation hingegen beschränkte sich der feste oder abstracte Theil des Geschäfts auf das Wörtchen: spondes? — ein Blankett, das man mit beliebigem Inhalt und in beliebiger Ordnung ausfüllen mochte.

Innerhalb der Formeln gibt es eine graduelle Differenz ihrer Bestimmtheit, deren die Römer selbst gedenken: gewisse Formeln (und als Beispiel werden uns namentlich die Legisactionen genannt) vertragen durchaus keine Aenderung, weder einen Zusatz, noch eine Auslassung, andere lassen dieselbe zu, natürlich nur insofern sie sich ihrem Zweck oder Inhalt nach mit dem Zweck des Geschäfts vertragen.[796]) Wir können, wie ich glaube, noch weitere

zur Geschichte des römischen Civilprocesses S. 14 fl. Wenn Keller, der römische Civilproceß §. 18 es für möglich hält, daß schon im Legisactionenproceß bei der legis act. per condictionem „die verba solennia ganz hinweggefallen seien oder doch auf weniges reducirt wurden", so wird gegen die letztere Möglichkeit Niemand etwas einzuwenden haben, die erstere aber steht mit allem, was wir vom alten Recht und Proceß wissen, in so schneidendem Widerspruch, daß ich kaum begreife, wie ein Mann wie Keller sich zu einer solchen Behauptung hat verstehen können.

796) Vat. fr. §. 318. Non tamen sic putat certis verbis cognito-

Grade dieser Bestimmtheit unterscheiden. Freilich sind die Gränzlinien zum Theil minder fest und scharf, allein da der einzige Zweck darin besteht, uns das Vorhandensein einer gewissen Abstufung innerhalb der Formeln zur Anschauung zu bringen, und ein juristisches Interesse sich an diese Unterscheidung überhaupt nicht knüpft, so kommt es auf eine präcise Durchführbarkeit derselben nicht an.

Ich unterscheide:

1. Schlagworte. Regelmäßig treffen sie mit dem Namen des Geschäfts selbst zusammen,[796a]) so z. B.:

Name des Geschäfts:	Schlagwort:
Sponsio	spondeo
Fidepromissio	fidepromitto
Fidejussio	fidejubeo
Acceptilatio	acceptum habeo
Heredis institutio	heres esto
Exheredatio	exheres esto
Praes	Praes sum.

2. Elastische Formeln: Sätze, welche in ihren wesentlichen Punkten fest sind, aber in gewissen Hinsichten eine Abänderung

rem dari debere, ut si quid fuisset adjectum vel detractum, non valeat datio ut in legis actionibus.

796a) Für das von mir in der ersten Auflage mit aufgeführte Beispiel der tutoris auctoritas: auctor fio gibt es keinen quellenmäßigen Beleg. Im Geist des ältern Rechts zweifle ich aber nicht daran, daß wie für alle Rechtsakte so auch für diesen eine bestimmte Ausdrucksweise nöthig war. Hätte der Tutor bloß mit beliebigen Worten seinen Consens ertheilen können, wie Manche annehmen, so begreife ich nicht, warum die L. 19 de auct. tut. (26. 8), während sie im übrigen die praktische Möglichkeit der Bestellung eines curator für einen Unmündigen anerkennt, doch „ad explicanda ea, quae solennitatem juris desiderant" einen Tutor für nöthig erklärt. Consentiren konnte der Curator so gut wie der Tutor; wessen er aber unfähig war, war die „auctoritatis interpositio", letztere kann also nicht in dem bloßen Consens bestanden haben, sondern sie muß so gefaßt gewesen sein, daß sie für den curator nicht paßte, d. h. sie muß das Wort auctor oder auctoritas enthalten haben.

vertragen, z. B. die cognitoris datio (Note 796), die Beſtellung eines ususfructus durch in jure cessio (Möglichkeit der Hinzufügung eines dies).

3. Feſte, aber ſchematiſche Formeln: d. h. ſolche, welche concret ausgefüllt werden müſſen, im übrigen aber unabänderlich ſind. Das älteſte Beiſpiel dieſer Art mag die von Livius erhaltene Formel der Kriegsankündigung ſein, in der an betreffender Stelle der Name des Feindes genannt wird.[797] Aus dem Civilrecht und Proceß nenne ich folgende:

Angabe der Perſon:

Name des Erblaſſers in der Formel der cretio bei Antretung der Erbſchaft: cum me Maevius heredem instituit. Ulpian. XXII, 28;

der Summe:

bei der manus injectio, Gaj. IV, 21 und der nexi solutio, Gaj. III, 174;

des Gegenſtandes:

des Grundſtücks bei der Vindication (Lage deſſelben), Cic. pro Mur. 12;[798]

des Verhältniſſes:

Nexi solutio, Gaj. III, 174 und gewiß auch bei der pignoris capio, Gaj. IV, 29.

---

797) Liv. I, 32: Audite fines (cujuscunque gentis sunt nominat) . . . populum illum (quicunque est, nominat) . . . In den Formularen des Formularproceſſes figuriren die Namen Aulus Agerius Numerius Negidius. Wenn Cicero's Vorwurf pro Murena 12: et quia in alicujus libris exempli causa id nomen invenerant, putarunt omnes mulieres, quae coemptionem facerent, Gajas vocari begründet wäre, ſo wären hier die Blanketnamen ähnlich wie in dem Beiſpiel, das Keller Röm. Proc. §. 41 a. E. aus dem engliſchen Proceß mittheilt, fingirte Namen geworden, ſ. jedoch darüber Roßbach Unterſ. über die röm. Ehe S. 352.

798) Gaj. IV, 16 hat bloß: hunc hominem, ähnlich wie bei der in jure cessio II, 24 und der mancipatio I, 119, und es iſt denkbar, daß bei Vornahme dieſer Akte an beweglichen Sachen die namentliche Bezeichnung der Sache hinweggefallen iſt, da ſie durch die Gegenwart und das Halten derſelben überflüſſig gemacht wurde.

4. Unabänderliche Formeln: solche, bei denen selbst die Namhaftmachung der individuellen Umstände (weil überflüssig) unstatthaft war. Dahin gehörten z. B. die Formeln des Testators und des familiae emtor, Gaj. II, 104, die des Vindicationsrituals, Gaj. IV, 16. Cic. pro Murena 12.

Ich brauche nun wohl kaum zu bemerken, daß diese formelle Verschiedenheit nur die Folge und der Ausdruck einer materiellen war. Für gewisse Handlungen war man der Ansicht, daß sie ihrem wesentlichen Bestande nach in dem Maße fest und bestimmt gegeben seien, daß jede Abweichung davon vom Uebel sei. Der Ausdruck für diese Ansicht war eine Formel der dritten und vierten Classe. Bei andern verhehlte man sich nicht, daß man der Autonomie der Privaten einen freieren Spielraum gewähren müsse, begnügte sich also, nur die Hauptpunkte namhaft zu machen, oder überließ selbst sie der individuellen Feststellung. In jenem Fall gab man eine Formel der zweiten Classe, in diesem beschränkte man sich auf ein bloßes Schlagwort.

Soweit nun das Requisit der Bestimmtheit reichte, hatte es bei allen Geschäften dieselbe Kraft und Geltung. Eine Acceptilation, bei der das Wort: acceptum habeo mit einem andern gleichbedeutenden vertauscht war, war um nichts weniger nichtig als jene Legisactio von Gajus, bei der statt arboribus: vitibus gesetzt war.[798a]) Zwischen dem materiellen Recht und dem Proceß fand in dieser Beziehung nicht die geringste Verschiedenheit Statt, was besonders zu betonen aus dem Grunde nicht überflüssig sein dürfte, weil das obige celebre Beispiel von Gajus und sein bekanntes Urtheil über die minutiöse Aengstlichkeit, mit der das Wort im ältesten Proceß gehandhabt worden sei (Gaj. IV, 30), leicht den Schein des Gegentheils hervorrufen könnte. Fühlbarer war allerdings die Strenge im Proceß, denn ein Versehen in der Form ließ sich nicht mehr ungeschehen machen, während ein Versehen bei Abschließung eines Rechtsgeschäfts

798a) Gaj. IV, 11.

durch erneuerte Vornahme deſſelben rectificirt werden konnte. Aber die Strenge in der Beurtheilung der Form war hier wie dort ganz dieſelbe. Ebenſo war ſie es bei den verſchiedenen oben mitgetheilten Formen der Rechtsgeſchäfte, und der Schein des Gegentheils beruht nur darauf, daß das Maß der Form, d. h. ihrer Beſtimmtheit bei der einen geringer war als bei der andern. Eine sponsio, die nichts als den Gebrauch des Wortes spondesne erforderte, konnte Jeder abſchließen, ein Teſtament abzufaſſen erforderte eine genaue Vertrautheit mit den dabei zu beachtenden Regeln. Aber die Strenge, mit der man auf Beachtung der Form hielt, war bei allen formellen Akten ganz dieſelbe; ſie kannte keine Grade und konnte ſie nicht kennen, und daſſelbe gilt auch für das heutige Recht, ſoweit daſſelbe wie z. B. beim Wechſel eine beſtimmte Form erfordert. Denn dieſe Strenge iſt nichts Poſitives, Willkürliches, ſondern mit dem Begriff der Form ſelbſt unvermeidlich gegeben — jede Abweichung von der vorgeſchriebenen Form enthält eine Verletzung derſelben; eine Unterſcheidung zwiſchen klein und groß, weſentlich und unweſentlich iſt dabei nicht möglich, wenn man nicht der reinſten Willkür verfallen will. Denn wo wäre die Gränze? Wird einmal ein volles Pfund verlangt, ſo iſt es gleichgültig, ob ein Gran oder ein Loth fehlt, das Pfund iſt kein volles! Iſt einmal ein beſtimmtes Wort für weſentlich erklärt, wie dürfte es vertauſcht werden mit einem gleichbedeutenden? Sind es mehrere Worte, welches könnte man erlaſſen? Iſt es eine beſtimmte Ordnung derſelben — und wir werden unten (§. 47[b]) ſehen, daß dieſe Ordnung bei den altrömiſchen Formeln Gegenſtand der ſorgfältigſten Erwägung war — was dürfte daran geändert werden? Kurz, es gibt hier keinen Unterſchied zwiſchen groß und klein, das Kleinſte wiegt gerade ſo ſchwer wie das Größte, die exacteſte Genauigkeit und peinlichſte Strenge iſt mit dem Begriff des Formalismus ſo unabweisbar geſetzt, daß wer ſie nicht will, die ganze Einrichtung fallen laſſen, wer aber letztere will, jene mit in den Kauf nehmen muß.

Wenn nun das ältere römiſche Recht im Vergleich mit dem ſpätern uns den Eindruck der äußerſten formaliſtiſchen Strenge macht, ſo liegt dies nicht an der Strenge und Peinlichkeit, mit der die alten Juriſten die Form handhabten; ſondern in der Ausdehnung und der Energie, in und mit der ſich das Formelement in den Inſtituten des älteren Rechts verwirklicht hatte.

Daß im Legisactionenproceß ein einziges Wort den Proceß koſten konnte, iſt bekannt, aber es war dies ſo wenig etwas Eigenthümliches der ältern Proceßform, daß es für die neuere: den Formularproceß ganz in derſelben Weiſe galt.[798b]) Wie der Ausfall eines Worts oder die Vertauſchung deſſelben mit einem gleichbedeutenden (z. B. bei der im Proceß gebotenen Form der sponsio der Abſchluß derſelben mit promittisne ſtatt mit spondesne), ſo begründete auch die Veränderung der Reihenfolge der Worte[798c]), der Gebrauch einer neuern Wortform, wo für die Formel die urſprüngliche geblieben war, ja ſogar das Geſchlecht,[798d]) einen Nichtigkeitsgrund. Ebenſo Zuſätze, wenn die Formel eine feſte, unabänderliche war, und zwar traf die Nichtigkeit nicht etwa den Zuſatz, ſo daß das Geſchäft im übrigen gültig geblieben wäre, ſondern das ganze Geſchäft. Auf die Beſchaffenheit des Zuſatzes kam nichts an; mochte er ſich mit dem Zweck des Geſchäfts vertragen oder nicht, mochte er

---

798b) [916] Quint. Inst. orat. VII, 3 quum si uno verbo sit erratum, tota causa cecidisse videamur. Ich ſchalte im Folgenden eine Ausführung ein, die in der erſten Ausgabe an anderer Stelle (S. 681) ihren Platz gefunden hatte, und füge die alten Notenzahlen in Parentheſe hinzu.

798c) [917] Plin. H. N. XXVIII, 3 . . ne quid praeposterum dicatur. Das Hauptbeiſpiel gewährt das Teſtament, ſ. §. 47c.

798d) [918] Das Wort ovis, im ſpätern Sprachgebrauch Femininum, war urſprünglich Masculinum, und daran hielt die Formel der multae dictio auch ſpäter noch feſt; als Femininum gebraucht begründete es Nichtigkeit. Gell. XI, 1 . . nisi eo genere diceretur, negaverunt justam videri multam.

inhaltslos, mochte er gänzlich sinnlos sein — es war ein Zusatz, und die Form duldete keinen Zusatz.

Damit hängt die bekannte Regel des römischen Rechts zusammen: expressa nocent, non expressa non nocent.[798e]) Die solennen Rechtsgeschäfte, sagt Papinian,[798f]) welche keine Bedingung oder Zeitbestimmung zulassen, werden durch das Hinzufügen einer solchen schlechthin nichtig, selbst wenn sich der Inhalt derselben von selbst versteht, wie z. B. die zu dem bedingten Geschäft des Pupillen (also stillschweigend unter derselben Bedingung) ertheilte tutoris auctoritas, die acceptilatio einer bedingten Schuld durch ausdrückliche Namhaftmachung der Bedingung.[798g])

Eine nothwendige Consequenz der Bestimmtheit der Form war die, daß die vorgeschriebenen Worte und Formeln sich nicht in eine andere Sprache übertragen ließen. Waren es einmal diese Ausdrücke, deren man sich bedienen mußte, wie hätte man statt derselben z. B. griechische gebrauchen können? Eben so gut hätte man gleichbedeutende lateinische wählen können? Ein Ausländer also, der das römische Bürgerrecht oder Commercium erworben hatte, mußte alle Geschäfte des jus civile in lateini-

---

798e) [919] L. 52 de cond. (35. 1) L. 195 de R. J. (50. 17). S. darüber Savigny Syst. B. 3 S. 124, 125. Daß, um mit seinen Worten zu reden, „das Wesen hierbei der Form geopfert wird," ist vollkommen richtig, allein eben darauf beruht das Wesen der Form.

798f) [920] L. 77 de R. J. (50. 17). Der hier gebrauchte Ausdruck: actus legitimi scheint kaum ein technischer gewesen zu sein, da er sich bei keinem andern Juristen wiederholt, eben so wenig wie das civile negotium bei Ulp. XI, 27.

798g) [921] Die beiden Beispiele s. in L. 77 cit. und L. 8 de tut. auct. (26. 8). Zu den in der ersten Stelle genannten Geschäften kommen noch hinzu die tutoris auctoritas und rücksichtlich der Unzulässigkeit der Bedingung die Bestellung eines Cognitor (Vat. fr. §. 929) und die in jure cessio. Ein Beispiel einer sich von selbst verstehenden Zeitbestimmung ist in den Quellen nicht genannt; die tutoris datio von Seiten der Obrigkeit dürfte ein solches enthalten: der dies ad quem (die Mündigkeit des Mündels) verstand sich von selbst.

scher Sprache abschließen; so wenig wie das Volk sich in seinem völkerrechtlichen Verkehr mit Auswärtigen der fremden Sprache bediente,[799]) so wenig duldete es dieselbe in den Geschäften des Civilrechts.[800]) Die Geschäfte des jus gentium hingegen und die des späteren römischen Rechts, wie z. B. die Fideicommisse, waren, weil an keine Formel, auch nicht an den Gebrauch einer bestimmten Sprache gebunden. Freilich war man späterhin doch genöthigt, gewisse Concessionen zu machen,[801]) was erst im dritten System nachgewiesen werden kann.

2. Mündliche Rede.

Das Schreiben ist etwas Abstractes, Erlerntes, und eben

799) Dirksen Civil. Abh. B. 1. Abh. 1.

800) Als Princip ist dies indirect anerkannt in der in Note 801 ausgedruckten L. 8 §. 4 de acc. (46. 4) Einzelne Anwendungsfälle gewähren: die sponsio Gaj. III, 93 . . adeo propria civium Romanorum est, ut ne quidem in graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit, quamvis dicatur a graeca voce figurata esse, das Testament L. 21 §. 4 Cod. de test. (6. 23) mit seinen sämmtlichen Bestimmungen, z. B. der Freilassung (L. 14 Cod. de test. man. 7. 2), dem Legat (Ulp. XXV, 9. Gaj. II, 281), der Ernennung eines Tutors (L. 8 Cod. de tut. test. 5. 28), vor allem aber der Erbeseinsetzung.

801) z. B. bei der Acceptilation L. 8 §. 4 de acc. (46. 4): hoc jure utimur, ut juris gentium sit acceptilatio. (d. h. eigentlich wäre sie es nicht) et ideo puto et graece posse acceptum fieri, dummodo sic fiat, ut latinis verbis solet, bei der Bestellung eines Cognitor Vat. fr. §. 219, obgleich dafür certa et quasi solennia verba nöthig waren Gaj. IV, 83, 97, bei der fidejussio L. 8 pr. de fidej. (46. 1) L. 12 Cod. de fidej. (8. 41). Bei der gewöhnlichen Stipulation mit Ausnahme der sponsio L. 1 §. ult. de V. O. (45. 1) Gaj. III, 93 kann man kaum von einer Concession sprechen, da sie keiner verba certa et solennia bedarf. Ob sie aber nicht überhaupt, sowohl in der Anwendung auf Peregrinen als auf Römer, späteren Ursprunges ist, scheint mir mehr als wahrscheinlich. Es wird als eine Eigenthümlichkeit von Tiberius berichtet (Sueton. Tiber. c. 71), daß er sich dem amtlichen Gebrauch des Griechischen hartnäckig widersetzte. — Eine Analogie zu den obigen Beispielen bietet das moslemitische Recht, welches von dem im Princip festgehaltenen Erforderniß des Gebrauchs der arabischen Formel für die Ehescheidung zu Gunsten ungebildeter Personen eine Ausnahme macht. v. Tornauw, Moslemitisches Recht, S. 171.

darum nicht das Urſprüngliche. Das Einfachſte, das Natürliche und Urſprüngliche iſt das Sprechen, und dieſe natürliche Form der Gedankenäußerung iſt im ältern Recht zugleich die rechtlich nothwendige.[802] Das ältere Recht kennt meines Wiſſens keinen ſolennen Akt, bei dem die Schrift die Rede hätte erſetzen können.[803] Freilich neben der Rede mag in Rom von Alters her, wie bei den Geſetzen und Bündniſſen und ſonſtigen Akten des öffentlichen Rechts z. B. der Schätzung beim Cenſor, ſo auch bei wichtigen Geſchäften des Privatrechts eine ſchriftliche Aufzeichnung üblich geweſen ſein, aber ich muß es betonen: neben, nicht ſtatt der Schrift. Ein Teſtament, eine umfangreiche Stipulation mochte man immerhin aufzeichnen und von Zeugen oder der Gegenpartei unterzeichnen laſſen — die Schrift hatte hier durchaus keine juriſtiſche Bedeutung, die Gültigkeit des Geſchäfts beruhte lediglich auf der mündlichen Vornahme. Bei beiden Geſchäften aber durfte letztere eine abſtracte ſein, d. h. man konnte, ohne das Mindeſte vom Inhalt der Urkunde mitzutheilen, ſich in der Formel des Geſchäfts einfach auf letztere beziehen, alſo z. B.: ich teſtire, wie in dieſer Urkunde geſchrieben — verſprichſt Du alles zu leiſten, was in dieſer Urkunde verzeichnet ſteht?[804] Der juriſtiſchen Auffaſſung nach war das Geſchäft mündlich geſchloſſen, denn der ganze Inhalt der Ur-

802) Als Princip ausgeſprochen iſt es meines Wiſſens nirgends, eben weil es ſich für den Römer von ſelbſt verſtand. Für die Mancipation und das Nexum lag es in den Worten der Tafeln: uti lingua nuncupassit.

803) Daher noch im ſpäteren Recht die Wendung: legem dicere (z. B. suae rei) für eine Vertragsbeſtimmung ſchlechthin. Andere ſprachliche Reminiscenzen bieten edictum, interdictum von dicere, dies fasti nefasti, infans von fari.

804) Haec uti in his tabulis cerisve scripta sunt, ita do ita lego, ita testor. Ulp. XX, 9. Ein Beiſpiel aus dem geiſtlichen Recht gewährt die Einweihung eines Tempels unter Bezugnahme auf die Fundationsurkunde eines anderen Tempels ſ. bei Briss. I. 194: ceterae leges huic arae eaedem sunto, quae arae Dianae sunt in Aventino dictae.

kunde war ja vom Redenden genehmigt, anerkannt, er hatte *gesprochen* durch *Verweisung*.

War diese Gestalt der Sache die ursprüngliche? Ich meine, Jeder muß ihr den Zug der abstracten Periode anmerken. Sie enthält in Wirklichkeit eine Trennung des concreten Inhalts des Geschäfts von letzterem selbst. Gewollt wird nicht *dies*, dies Bestimmte, Sichere, sondern ein *Etwas*: das, was in der Urkunde steht — vielleicht also etwas ganz Anderes, als der Redende weiß und will. In dieser Weise kann er wollen, ohne jetzt bereits im Mindesten zu wissen *Was*, z. B. versprechen, was dieser jenem versprochen hat oder gar erst versprechen wird.[805] Noch weniger erfahren die *Zeugen* etwas Näheres; sie sind dabei, sie sehen, was geschieht, und hören, was gesprochen wird, und doch wissen sie nicht das Geringste vom Inhalt — sie sehen, so zu sagen, nur den *Schatten* des Geschäfts! Bei dem Eigenthumserwerb und der Vindication einer *Sache* genügt es nicht, sie bloß zu *nennen*, sich nur auf sie mit Worten zu *beziehen*, sondern man sollte sie *fassen*. Und bei dem Rechtsgeschäft hätte man den Inhalt desselben nicht ebenfalls *fassen* d. h. mit der Zunge fassen (lingua nuncupare[806]) sollen? Ein Wollen durch bloße Beziehung, durch abstracte Erklärung des Beitritts der Einwilligung u. s. w. widerspricht meiner Ansicht nach aufs entschiedenste dem Geiste des ältern Rechts. So darf man rücksichtlich

805) So z. B.: quantam pecuniam . . . credidero, tantam dari spondes? (L. 18 §. 3 de stip. serv. 45. 3), fide tua esse jubes? (L. 47 §. 1 de fidej. 46. 1). Beim Testament: quem heredem codicillis fecero, heres esto (L. 73 de hered. inst. 28. 5), quantum legavero . . (L. 38 de cond. et dem. 35. 1). Eine genauere Erörterung dieses Punktes s. B. 3 §. 53 Note 204 fl.

806) In der älteren Sprache wird dieser Ausdruck für Sprechen schlechthin gebraucht, in der neuern scheint er vorzugsweise für die aus Schrift und Rede verbundenen Geschäfte gebraucht worden zu sein, um mittelst seiner den mündlichen Theil des Geschäfts (nuncupatio) im Gegensatz zu dem schriftlichen (tabulae) besonders hervorzuheben; so namentlich beim Testament und Votum, s. z. B. Sueton. Aug. c. 97. Fest. nuncupata.

der Stipulation sicherlich annehmen, daß in alter Zeit nicht bloß der Stipulant den ganzen Inhalt derselben angeben, sondern auch der Promittent ihn wörtlich nachsprechen mußte (S. 557). Ebenso bei der Correalobligation und der Bürgschaft. Für den Eid ist es bekannt, daß der Schwörende die ihm vorgesprochene Eidesformel wörtlich nachzubeten hatte, sich also nicht mit einem abstracten „So schwöre ich" begnügen durfte. Nur wo die Masse, z. B. das Volk bei Gesetzesvorschlägen oder das Heer bei Ableistung des Fahneneides, eine Willenserklärung abzulegen hatte, mag man nothgedrungen von Altersher eine Ausnahme gemacht und eine abstracte Erklärung zugelassen haben. Damit hängt die Sitte der Präjurationen zusammen, vermöge welcher bloß Einzelne den ganzen Eid hersagten, und die Andern lediglich mit „ebenso ich" ihren Beitritt erklärten. [807])

Kehren wir jetzt zu der Verbindung der Schrift und Rede zurück, so glaube ich, daß eine bloße Verweisung auf die Schrift ohne Mittheilung ihres Inhalts im älteren Recht unstatthaft war, hier vielmehr der ganze Inhalt der Schrift vorgelesen werden mußte. Halten wir uns zunächst an die beiden Hauptfälle des öffentlichen Rechts: die Gesetze und Bündnisse, so ist es bekannt, daß der Gesetzantrag dem Volk wörtlich vorgelegt werden mußte, und die Kraft des geschriebenen Gesetzes nicht auf der Schrift, sondern auf der mündlichen Vorlage und Annahme beruhte. Was die Bündnisse betrifft, so ist uns von Livius [808]) die Formel ihres Abschlusses aufbewahrt, und diese

807) Festus: Praejurationes facere dicuntur hi, qui ante alios conceptis verbis jurant, post quos in eadem verba jurantes tantummodo dicunt: idem in me. Polyb. VI, 21. Becker Handbuch der röm. Alterth. (Marquardt) III. Abth. 2 S. 291. Bei Tac. Hist. IV, 34 spricht jeder der Soldaten den Eid vollständig nach. Liv. II, 45. XXVIII, 29 läßt gar nicht erkennen, in welcher Weise der Eid abgeleistet ist.

808) Liv. I, 24. Legibus (foederis) deinde recitatis: Audi, inquit, Jupiter .... ut illa palam prima postrema (vom Anfang bis zu Ende) ex illis tabulis cerave recitata sunt .. illis legibus populus Romanus prior non deficiet.

gedenkt ausdrücklich der geschehenen Verlesung. Auch bei Gelübden, namentlich den öffentlichen, war die schriftliche Aufzeichnung eine ganz häufige (tabulae votivae), und auch hier wird der Verlesung gedacht.[809] Aus späterer Zeit nenne ich noch das richterliche Urtheil, welches zwar schriftlich ertheilt, aber daneben bei Strafe der Nichtigkeit verlesen werden mußte.[810] Dasselbe Verhältniß haben wir bereits früher (II, 1 Note 6) für die Testamentserrichtung zu begründen versucht; bei diesem Akte dürfte sich das Sprechen wohl am frühsten zu dem bloßen Hersagen der Bekräftigungsformel abgeschwächt haben. Wie es sich mit jener Annahme aber auch verhalten haben möge, der juristischen Auffassung nach war auch später noch das Testament ein mündliches Rechtsgeschäft.

Dagegen scheint ein anderes Geschäft: der Literalcontract, der allerdings bereits der gegenwärtigen Periode, wenn auch erst der zweiten Hälfte angehört,[811] mit ihr sich schlechterdings nicht zu vereinigen.

Allein der Literalcontract war von Haus aus nichts anderes als die von beiden Parteien bewerkstelligte Eintragung einer auf andere Weise begründeten Geldschuld, wie dies aus den dabei gebrauchten Ausdrücken: expensum und acceptum ferre unzweideutig hervorgeht, also seiner ursprünglichen Tendenz und seinem Aeußeren nach nichts weiter als ein Beweismittel. Aber freilich: so wie man der Eintragung absolute Beweiskraft einräumte, war damit mittelbar eine selbständige, d. h. von dem Abschluß eines andern Contracts, namentlich eines Darlehns unabhängige Art sich zu verpflichten gewonnen, und in richtiger Erkenntniß

809) Val. Max. IV, 1 §. 10. Sueton. Aug. c. 97. Apulej. Metam. lib. XI (ed. Bip. p. 257) de libro, de literis fausta vota praefatus.

810) L. 1. 2. 3 Cod. de sent. ex peric. (7. 44). Sueton. Claudius c. 15 . . ex tabella pronuntiasse.

811) Wenn sonst das: nomina transscribere bei Liv. Epit. XXXVII (a. 559) im technischen Sinn gemeint ist (Gaj. III, 130), worüber man noch streiten könnte.

davon durfte und mußte man hier von einem eignen Contract sprechen. Es verhielt sich mit demselben ähnlich, wie mit der obligatorischen Kraft des richterlichen Urtheils. Beide sind von Haus aus rein declaratorisch, sie erkennen nur eine Verbindlichkeit als bereits vorhanden an, allein da diese Anerkennung eine unumstößliche Kraft hat, so erlangen sie damit die Natur constitutiver Akte.[812]) Seiner praktischen Geltung nach würde also der Literalcontract von unserem obigen Satz eine Ausnahme begründen, seiner juristischen Composition nach nicht.

Also unsere Regel bleibt aufrecht: alle Geschäfte des ältern Rechts müssen mündlich errichtet werden. Wie aber, wenn Jemand nicht sprechen kann? Dann ist er eben dadurch ausgeschlossen. Dasselbe gilt von dem Tauben[813]) rücksichtlich aller Geschäfte, bei denen der Gegner zu sprechen hat, denn man muß die Worte desselben hören, also z. B. bei der Stipulation, dem Testamente. Unser heutiges Recht macht den Schreibunfähigen die bekannte Concession des Kreuzziehens statt der Namensunterschrift, das römische Recht hat eine solche Rücksicht gegen Taube und Stumme nicht beobachtet, sie sind die Opfer ihres Naturfehlers geworden.

---

812) Eine Analogie aus dem spätern Recht s. bei Paulus Sent. Rec. V, 7 (Hänel 8) §. 2: quod si scriptum fuerit instrumento promisisse aliquem, perinde habetur ac si interrogatione praecedente responsum sit.

813) Ueber beides s. L. 48 de O. et A. (44. 7) . . in quibus negotiis sermone non opus est. L. 6 §. 1 qui testam. (28. 1) Ulp. XX, 7. 13. Die tutoris auctoritas L. 1 §. 2, 3 de tut. (26. 1). Mit den verba certa ist auch diese Consequenz derselben im justinianeischen Recht hinweggefallen L. 10 Cod. qui test. (6. 22).

Die Composition der Formeln ein Zweig der juristischen Kunst. — Die Verbalformen — die juristische Syntax, logische Stellung der einzelnen Gedankenglieder (Grund, Bedingung, Beschränkung, Ausnahme) — das Gesetz der Correspondenz der Form — Correspondenz zwischen der Begründung, Aufhebung, Geltendmachung des Rechts.

XLVIIb. Woher stammen die Formeln? Sind sie durch Gesetze eingeführt? Sicherlich nicht! Es fehlt allerdings aus späterer Zeit nicht an Beispielen, daß ein Gesetz für die Klage, die es gewährt, auch zugleich die entsprechende Klagformel beifügt, wie z. B. die lex Rubria (Proceßordnung für das cisalpinische Gallien) es thut, allein für die ältere Zeit ist dies weder bezeugt, noch irgendwie wahrscheinlich. Mittelbar wurden freilich die ältern Gesetze eine wichtige Quelle der Formeln, indem sie, wie später gezeigt werden soll, für eine gewisse Art derselben, nämlich die der Legisactionen das Material hergaben.

Sind sie Producte des Lebens? Die Frage ist zu unbestimmt, man kann sie bejahen und verneinen, je nachdem man sie versteht. Bejahen — wenn man dabei ihre gewohnheitsrechtliche Geltung; verneinen — wenn man ihre Abfassung im Auge hat (S. 577). Abgesehen von den bloßen Schlagworten, tragen die eigentlichen Formeln so sehr das Gepräge des Gemachten, des Absichtlichen an sich, es herrscht in dem ganzen System eine solche Uebereinstimmung, Consequenz, Berechnung, Kunst, daß man blind sein müßte, um den juristischen Ursprung derselben zu verkennen. Rücksichtlich der einen Hälfte: der auf den Proceß sich beziehenden, wird uns diese Entstehungsart ausdrücklich bezeugt. Nach Erlaß der XII Tafeln und im Anschluß an sie, heißt es, hätten die Pontifices die Klagformeln componirt und bei sich aufbewahrt.[814] Appius Claudius habe dann den ganzen Vorrath in eine Sammlung gebracht, zu der, nachdem sie von dessen Schreiber Flavius veröffentlicht worden sei (jus Flavia-

814) L. 2 §. 6 de O. J. (1. 2) S. 381. Note 540.

num), späterhin ein anderer Jurist, Aelius, Nachträge geliefert habe (jus Aelianum).[815] Wenn Pomponius dieser letztern Thatsache den Ausdruck gibt: Aelius habe die ganze Sammlung verfaßt (composuit), so beruht dies sicherlich auf einem Irrthum. Daß ein Jurist als solcher, d. h. ohne amtlichen Charakter keine Formeln einführen konnte, bedarf kaum der Bemerkung. Was er vermochte, war nur ein Formular aufsetzen. Allein auch die Annahme, daß jene Sammlung aus lauter von Aelius verfaßten Formularen bestanden habe, stößt auf unmögliche Voraussetzungen. Oder sollte die römische Jurisprudenz Angesichts des durch Pomponius selbst betonten Bedürfnisses (augescente civitate quia deerant quaedam genera agendi) und bei dem Vorhandensein der leges, aus denen sich die legis actiones componiren ließen, sich dieser einfachen Aufgabe so lange entzogen haben, bis endlich Aelius auf den Gedanken kam, das Versäumte nachzuholen, und nun mit einem Male eine solche Menge Klageformulare in die Welt setzte, daß man sie als „liber" und „jus Aelianum" bezeichnen konnte? Vielleicht hat Pomponius sich durch die letztere Bezeichnung, die wie beim „jus Papirianum und Flavianum" nur auf den Sammler gemünzt war, verleiten lassen, den bloßen Sammler für den Verfasser zu halten, jedenfalls vermag ich den Glauben, den er bei dieser Gelegenheit an den Tag gelegt hat, nicht zu theilen.

Das Formelwesen ist also ein Werk der Jurisprudenz. Könnten die äußeren Beweise uns darüber im Zweifel lassen, die inneren von der Beschaffenheit desselben hergenommenen müßten jeden Zweifel heben — jedes Splitterchen, möchte ich sagen, verkündet uns die Urheberin. Ich habe oben (S. 561) das Formelwesen ein Kunstproduct des juristischen Geistes genannt und es als einen untergegangenen Zweig ältester juristischer Kunst bezeichnet; die folgende Darstellung wird diese Bezeichnung rechtfertigen.

815) L. 2 §. 7 de O. J. (1. 2).

BIBLIOTHECA BODLEIANA

Der geistige Höhenpunkt dieser Kunst ist allerdings ein niedriger, er liegt tief unter dem der heutigen und auch der spätern römischen Jurisprudenz, allein auf und von dieser Basis aus erhebt sich dieselbe zu einer Höhe, die unsere ganze Bewunderung in Anspruch nimmt. Als der eigentliche geistige Mittelpunkt, von dem aus wir das Verständniß derselben zu gewinnen suchen müssen, läßt sich ihr Streben nach strenger Logik bezeichnen. Diese Logik ist eine ungemein peinliche, minutiöse, eine Logik des Kleinen und Kleinsten, sie fordert eine Genauigkeit der Anordnung des Gedankens, wie sie im Sprechen zu beobachten auch dem schärfsten Denker unmöglich fallen würde. Sie eignete sich daher nur für den juristischen Lapidarstyl, bei dem das kleinste Wörtchen sich auf's sorgfältigste abwägen ließ. Aber diese Logik selber war untadelhaft, die Regeln, welche sie aufstellte, waren unbestreitbar, denn sie waren der genauesten Beobachtung des Denkens entnommen — es steckt in diesen nüchternen Formeln der älteste historische Versuch einer Theorie der Denkgesetze.

Was mich aber am meisten mit Bewunderung erfüllt, ist das ungemeine Verständniß für die feinsten Nüancen der sprachlichen Formen. Durch Benutzung von feinen der Sprache abgelauschten Zügen ist es den alten Juristen gelungen, mit wenig Mitteln außerordentlich viel zu erreichen, ich meine nicht sowohl kurz, treffend, bezeichnend zu reden, sondern sprachlich in einer Weise zu charakterisiren und zu individualisiren, wofür die Geschichte der Sprache wenig Seitenstücke darbieten möchte.

Wie die großen Meister der Tonkunst es verstanden haben, die verschiedenen Personen einer Oper in dem Maße musikalisch zu individualisiren, daß jede derselben ihre eigene musikalische Sprache redet, so verstanden es jene alten juristischen Meister in Bezug auf die Personen, die sie sprechen zu lassen hatten. Jede derselben: das Volk, der Senat, der Prätor redet seine eigene seiner politischen Rolle entsprechende Sprache, und ich hoffe, den Leser zu überzeugen, daß es nicht zu viel gesagt ist, wenn ich behaupte, daß z. B. die eigenthümliche staatsrechtliche Stellung des

Prätors kaum treffender charakterisirt werden kann, als es der Curialstyl des Edicts durch einige wenige Wendungen gethan hat.

Diese ganze Richtung schloß übrigens die Gefahr eines bedenklichen Abweges in sich, und es ist gewiß nicht das kleinste Verdienst der alten Jurisprudenz, daß sie denselben glücklich vermieden hat. Es war der der Ausartung derselben in eitel Spielerei. Wie nahe derselbe gelegen, zeigt uns das Beispiel eines Rechts, das wie in so vielen andern Punkten, so auch in dieser Beziehung eine höchst lehrreiche Parallele für das alte römische Recht darbietet. Es ist das isländische. Wenn irgendwo außer dem römischen so hat in ihm der Formelcultus und das Sichvertiefen in das Wort die höchste Höhe erreicht. Es bedurfte nach der Versicherung eines competenten Berichterstatters [816]) eines mehrjährigen Studiums, um alle die Formeln auswendig zu lernen; es kam „bei Anwendung derselben der Verstand in vollste Thätigkeit." Aber „das Recht war ganz zu einem Spiel des Witzes geworden und zu einer Wette, wer die dunkelsten und seltensten der vielen Formeln und Gebräuche am untadeligsten vortragen und anwenden könne — und sehr häufig mußte Blut heilen, was die Sophisterei verrenkt hatte." Daß die Römer dieser Gefahr nicht verfallen sind, die einem durch die Natur zum Grübeln während des ganzen Winters verurtheilten Volk so verderblich ward, davon lag der Grund nicht bloß in ihnen selbst, in ihrem gesunden Sinn und ihrer praktischen Natur, sondern in dem sichersten Schutzmittel gegen alles unfruchtbare Grübeln: in unausgesetzter praktischer Thätigkeit. Spielereien kommen nur da auf, wo es an ausreichenden ernsten Aufgaben fehlt.

Indem ich mich anschicke, das obige Urtheil im Einzelnen zu begründen, muß ich, um das ganze Material an dieser Stelle übersichtlich zusammenzustellen und andererseits nicht zu nutzloser Wiederholung genöthigt zu sein, den Leser ersuchen, die S. 485 und 486 anticipirten Belege als integrirenden Bestandtheil der

816) Weinhold, altnordisches Leben, Berlin 1856. S. 402.

gegenwärtigen Darstellung zu betrachten. Im übrigen werde ich meinen Stoff nach folgenden drei Gesichtspunkten gruppiren:

1. Die Verbalformen.
2. Die juristische Syntax.
3. Das Gesetz der Correspondenz der Form.

1. Die Verbalformen.

Wenn uns aus einem heutigen Schriftstück juristischen Inhalts, einem Gesetz, einer Verordnung, einem Urtheil, einer theoretischen Darstellung des Rechts, einem Contract, Testament ein Bruchstück vorgelegt würde ohne Angabe seiner Quelle, wie schwer oder richtiger wie völlig unmöglich würde es uns in den meisten Fällen sein, die juristische Natur der Urkunde aus ihrer Sprache zu errathen. Die Sprache ist in allen diesen Erzeugnissen regelmäßig eine und dieselbe, ein Paragraph aus einem Gesetzbuch lautet — schlimm genug! — nicht selten ganz so doctrinär wie der aus einem Compendium, der Erlaß einer Verwaltungsbehörde wie ein Gesetz, eine Bestimmung aus einem Testament wie aus einem Vertrage.

Würde uns dieselbe Aufgabe an einem derartigen Bruchstück des römischen Rechts gestellt, ein einziges Wort würde häufig zur Lösung derselben genügen. Ich meine natürlich nicht die entscheidenden Worte, mit denen die Urkunde sich selbst charakterisirt, wie z. B. hac lege, placere Senatui u. s. w., sondern den Styl derselben. Der Styl des Gesetzes war ein anderer als der eines Senatsbeschlusses oder Edictes, der des Testaments ein anderer als der einer Vertragsurkunde,[816a])

816a) Einen interessanten Beitrag dazu hat gegeben Kenner, in den Mittheilungen der österr. Commission für Baudenkmäler B. 14 S. 126 fl. in Bezug auf die kaiserlichen Abschiedsdiplome der entlassenen Prätorianer und Auxiliarier, in jenen spricht der Kaiser in der ersten Person (quibus jus tribuo connubii, in späterer Zeit im Plural: quorum nomina subjecimus) in diesen in der dritten (imperator ... dedit civitatem et connubium).

und zwar nicht etwa in Folge willkührlicher Convention, ſondern in ſeiner Erfaſſung und Wiedergabe ihrer *inneren* Verſchiedenheit, kurz er verdiente in Wirklichkeit die Bezeichnung, die ich oben gebraucht habe, die einer *ſtyliſtiſchen Individualiſirung*.

Dieſe Individualiſirung beruhte vorzugsweiſe auf dem Gebrauch der verſchiedenen *Verbalformen*. Der Imperativ war für andere Verhältniſſe beſtimmt als der Infinitiv, der Indicativ für andere als der Conjunctiv, das Futurum für andere als das Präſens. Ueberzeugen wir uns davon.[817])

1. Der *Imperativ*. Er iſt die Form des *Befehls* und der kategoriſchen Aufforderung. Darum gebührt er vor allem dem *Volk* für ſeine Beſchlüſſe (leges, Plebiscita),[817a]) mögen dieſelben die Aufſtellung eigentlicher Rechtsſätze oder ſonſtige Verfügungen[818]) zum Inhalt haben. Ebenſo den *Göttern*, d. h. er iſt auch die Form der Gebote des geiſtlichen Rechts.[819]) Dagegen hat der *Senat* bei ſeinen Beſchlüſſen und der Prätor

---

817) Bei der folgenden, aus der erſten Auflage herübergenommenen Unterſuchung war mir die Abhandlung von *Dirkſen*, Beiträge zur Geſchichte des Formelweſens bei den Römern in ſeinen Verſuchen zur Kritik u. ſ. w. Leipz. 1823 S. 1 ff. entgangen, und ich hätte für die Bemerkung über den Gebrauch des Infinitivs auf S. 14 daſelbſt Bezug nehmen können; im übrigen treffen unſere beiderſeitigen Ausführungen nicht zuſammen, und die ganze Art, wie *Dirkſen* ſeine Aufgabe erfaßt und gelöſt hat, iſt von der, wie ich ſie glaubte auffaſſen zu ſollen, weſentlich abweichend.

817a) z. B. sacer, parricida, damnas, talio esto; cogito, reddito, adjudicato u. ſ. w. Briss. II, c. 20 u. ff. c. 32 u. ff. Er wiederholt ſich in den XII Tafeln ſelbſt bei Permiſſivvorſchriften z. B. si volet, plus dato (Tafel 3); tignum junctum ne solvito (Tafel 6); qua volet, jumentum agito (Tafel 7); Schoell XII tabul. reliq. p. 79 ff.

818) z. B. auch bei dem Votum eines Ver sacrum. Liv. XXII, 10. Rudorff ad leg. Aciliam (Berl. Akad. d. Wiſſ. 1861 p. 415) macht darauf aufmerkſam, daß ſich dieſes Geſetz bei ſeinen Anweiſungen an den Prätor (magistratus major) und die Richter [mit Ausnahme einer Stelle] des *Conjunctivs*, bei denen an den Quäſtor (magistratus minor) des *Imperativs* bedient.

819) z. B. piaculum dato, aram ne tangito.

in seinem Edicte sich desselben zu enthalten, denn der staatsrechtlichen Theorie nach haben beide keine gesetzgebende Gewalt.[820])

Innerhalb der Schranken seiner Competenz hat auch der Magistrat das Recht zu befehlen, und so namentlich der Prätor für die Rechtspflege. Darum lauten seine Anweisungen sowohl an den Richter (judex esto — condemna, absolve) als an die Parteien (mittite ambo hominem, inite viam) imperativisch. Folgeweise auch das Urtheil des Richters, wenn ihm eine Condemnation und nicht etwa ein bloßer Ausspruch (praejudicialis formula) aufgetragen ist;[821]) der Prätor hat die Macht zu befehlen auf ihn übertragen. Bei einem Antrage an's Volk bedient der Magistrat sich des Conjunctivs — velitis jubeatis.[822])

Eine Aufforderung von Seiten der Privatperson lautet nur da imperativisch, wo letztere im Voraus der Erfüllung versichert worden ist, so z. B. an die Zeugen, welche derselben ihre Mitwirkung versprochen haben, (Litiscontestatio: testes estote; nuncupatio testamenti: testimonium mihi perhibetote) oder umgekehrt von Seiten des Libripens an die Partei (S. 539, Note 708). Dagegen ist die Aufforderung an den Gegner nicht imperativisch gefaßt, da der Eine dem Andern nichts zu befehlen hat, also z. B. nicht: ambula mecum in jus, sondern in jus te voco, nicht dic, ex qua causa vindicaveris, sondern postulo anne dicas, ex qua u. s. w.[823]) Noch weniger kann natürlich

---

820) In Senatsbeschlüssen und im prätorischen Edict habe ich ihn vergebens gesucht, dagegen kommt im Edict der Aedilen zwei Mal der Imperativ pronuncianto und mit Bezug darauf eadem faciunto vor, während dasselbe sonst den Sprachgebrauch des prätorischen (s. u.) beobachtet.

821) z. B. Solve, L. 59 §. 1 de re jud. (42. 1). Daß für das Urtheil keine verba solennia erforderlich gewesen sein sollten (Keller röm. Proceß §. 66) läßt sich höchstens für die spätere Zeit behaupten. Für die ältere s. Varro de L. L. VI, 61 judex . . quibusdam verbis dicendo finit. Ueber die Form der bloßen pronunciatio s. unten.

822) z. B. Gell. V, 19.

823) Gaj. IV, 16. Ebenso die dort mitgetheilte Formel: sacramento te provoco, und bei Val. Prob. de notis §. 4: quando in jure te con-

die Partei zum Prätor ſagen: da mihi judicem, ſondern: postulo, uti des, noch auch den Imperativ an ſich ſelber richten, was der Fall ſein würde, wenn die Formel der Mancipation imperativiſch: emtus esto hätte lauten ſollen (Note 706). Bei der feinen Unterſcheidung, welche die Römer im Gebrauch des Imperativs beobachten, erſcheint mir dies völlig unglaublich. Die Partei nimmt das emere ſelber vor, indem ſie die Sache ergreift, die Wagſchale ſchlägt und dabei dieſen Akt durch die Formel conſtatirt. Das Conſtatiren aber geſchieht durch den Indicativ (ſ. u.), einer Aufforderung zur Vornahme einer Handlung bedarf es weder von der gegneriſchen, noch von ihrer Seite.

Der Imperativ iſt, wie bemerkt, die Form der lex. So lange die Teſtamente noch in den Comitien errichtet wurden, fand er eben damit auch auf die teſtamentariſchen Dispoſitionen Anwendung, und dies hat ſich auch für das testam. per aes et libram erhalten. Die Verfügungen des Teſtaments müſſen legis modo i. e. imperative[824]) gefaßt werden, alſo z. B.: heres, exheres, liber, damnas esto, cernito, capito, praecipito, sinito. Worauf es beruht, daß im Widerſpruch damit die Formel des Vindicationslegats: do, lego lautete, vermag ich nicht anzugeben;[825]) einen Grund hat dieſe Abweichung jedenfalls gehabt. Bei der tutoris datio kehrt dieſelbe Formel wieder.[826])

---

spicio postulo, an fas (fuas, fias) autor. Ebendaſelbſt die im Text erwähnte Formel der judicis postulatio.

824) Ausdrücke von Ulp. XXIV, 1 bei Gelegenheit der Legate.

825) Denn nach der Art wie Gaj. II, 193 Ulp. XXIV, 3 ſich äußern, kann man ſie nicht, wie die oben S. 564 beſprochenen, für eine Formel jüngeren Urſprungs halten. Dieſelben Ausdrücke kommen auch in der Formel der nuncupatio vor, ita do, ita lego; vielleicht liegt darin die Löſung verborgen.

826) Gaj. I, 149. Rectissime autem tutor sic dari potest: Lucium Titium liberis meis tutorem do aut lego. Sed et si ita scriptum sit: liberis meis Titius tutor esto, recte datus intellegitur. Vat. fr. 229, 230. — Nach der Art, wie Gajus ſich hier äußert, muß die Formel: tutor esto neueren Urſprungs ſein.

Der Ausdruck lex wird von den Römern bekanntlich auch in einem weitern Sinn von Bestimmungen gebraucht, die auf Vereinbarung beruhen (leges contractus, foederis, pacis u. s. w.). Hierin mag es seinen Grund haben, daß die imperativische Form auch in Anwendung auf sie gebraucht wird, so z. B. bei den einzelnen Clauseln eines Födus,[827] der Fundationsurkunde eines Tempels und selbst in Formularen von Contracten.[827a])

Der Imperativ konnte entweder direkt auf das Thun oder auf das Schuldigsein zum Thun lauten, so z. B. beim Damnationslegat: heres dato oder damnas esto dare, ohne daß dies einen Unterschied begründet hätte. Ob die ältere Zeit hier nicht

827) Ueber das Födus s. Briss. V. c. 48, 49: amicitia esto, jus belli gerendi ne esto, tradito, restituito; über die lex dedicationis Briss. I, c. 194; legem dixit .. probe factum esto, jus fasque, eadem lex esto. Ist es Zufall, daß Livius, der sich bei dem foedus des Imperativs bedient (s. z. B. XXXVIII, 11 u. a. St. bei Briss.), die von dem Feldherrn entworfenen Friedensbedingungen XXXIII, 30. XXXIV, 35 im Conjunctiv faßt?

827a) S. die Contractsformulare bei Cato de re rust. c. 144—150. Hier wechselt der Imperativ mit dem Futurum, nach Maßgabe der Leistungen beider Parteien. Der Gutsherr, der den Tagelöhner für die ländliche Arbeit engagirt oder seine Früchte verkauft, bedient sich für die Leistungen, die er dem Gegner auflegt, des Imperativs (z. B. Oleam cogito recte — oleam ne stringito — facito recte — promittito — pigneri sunto, satis dato u. s. w.), für diejenigen Verpflichtungen, die er selber übernimmt, des Futurums (nemo dabit .. deducetur .. neque debebitur .. vinum admetietur .. locus dabitur . .), so daß man an der Wortform erkennen kann, welche Bestimmung im Interesse des Gutsherrn oder des Tagelöhners, Käufers getroffen ist. Wenn Degenkolb, Zeitsch. für Rechtsgeschichte B. 9. S. 173 Note 111 in dem Futurum nicht „den Vertrag, sondern die vor der Hand einseitige Proposition" finden will, so steht dem die lex parieti faciundo Puteolana (Bruns fontes p. 139) entgegen, in der sich Imperativ und Futurum in derselben Gegensätzlichkeit wiederholen (praedes dato facito u. a. — pars pecuniae dabitur .. altera solvetur) und die nicht ein bloßer Vertragsentwurf, sondern, wie die Namen der Unternehmer am Ende zeigen, ein abgeschlossener Vertrag war.

ſtrenger verfuhr, iſt eine Frage, die ich nur aufwerfen, nicht beantworten kann.[827b])

2. Der Conjunctiv. Er ſchließt ſich dem Imperativ inſofern an, als auch er eine Art des Befehls, aber in milderer, ſchonenderer Form enthält. So gebraucht ihn zunächſt der Senat. Seiner urſprünglichen Stellung nach kann der Senat nicht befehlen, ſondern nur begutachten, befürworten, anempfehlen, auffordern. Die entſprechende Form dafür war der Infinitiv (No. 3) und der Conjunctiv; jener, wie es ſcheint, mehr für die bloße Erklärung, dieſer mehr für die Aufforderung. Der Senat behielt dieſe beiden Formen auch dann noch bei, als er der Sache nach bereits eine geſetzgebende Gewalt erlangt hatte.[828]) Sodann gebraucht den Conjunctiv auch der Prätor in ſeinem Edict. Alle Verfügungen des prätoriſchen Edicts ſind, inſofern der Prätor nicht in erſter Perſon von dem ſpricht, was er ſelber thun werde (ſ. u.), im Conjunctiv gehalten. Denn der Prätor hat keine geſetzgebende Gewalt, und wenn er trotzdem Rechtsgrundſätze in dem Edict aufſtellt, ſo darf er ſie doch nicht in die Form des Geſetzes, d. h. den Imperativ kleiden. Wie die bonorum possessio ſich zur hereditas verhält, ſo der Conjunctiv des Prätors zum Imperativ des Volks, d. h. der Sache nach leiſtet er daſſelbe, aber die

827b) Die Form dato beim Damnationslegat, welche Ulp. XXIV, 4 mit der andern auf eine Linie ſtellt, begleitet Gajus II, 201 mit dem Zuſatz: sed et si dato scriptum est, per damnationem legatum est — meines Erachtens ein deutliches Zeichen ihres relativ neuen Urſprunges, ähnlich wie die in Note 826 erwähnte Aeußerung.

828) Beiſpiele: SC. de Bacchanal. (das älteſte erhaltene): ne quis adesse velit. SC. de curator. aquarum (bei Frontin): uti darent, attribuerent, ut liceret, ne cui liceret. SC. de aedificiis non diruendis: ne quis domum dirueret, poenam inferri cogeretur, venditio irrita fieret. Ebenſo in den Municipaldecreten (Beiſpiel bei Haubold. monum. leg. S. 232). Nur in dem SC. Orphitianum (aus dem Jahre 178 nach Chr.) kommt die aus den Geſetzen hinübergenommene imperativiſche Wendung: jus antiquum esto vor, L. 1 §. 9 ad SC. Tert. (38. 17), während das noch um einige Jahre ſpätere SC. Juncianum die alte Sprachweiſe beachtet. L. 28 §. 4 de fidei c. lib. (40. 5).

Art, wie er es thut, die Form, die Vorstellungsweise, die sich damit verknüpft, ist verschieden. Aus der reichen Zahl von Beispielen nenne ich folgende:[829])

1) exhibeas, restituas, satisdet, bona veneant.
2) ne quid facias, immittas, fiat, ne quis in jus vocet, vi eximat.
3) ut eant aut satisdent, ut solvat.

Sodann ist der Conjunctiv die Form des Entwurfs oder Antrages. Der Magistrat, der einen Gesetzentwurf oder irgend einen Antrag an's Volk bringt, leitet ihn ein mit den Worten: rogo, velitis, jubeatis, Quirites, oder vellent, juberent, dem dann der Antrag selbst durchweg in Form des Conjunctivs gehalten folgt.[830]) In derselben Weise bedient sich der Senat dem Magistrat gegenüber des Conjunctivs, indem er ihm den Entwurf der von ihm zu treffenden Verfügungen unterbreitet.

3. Der Infinitiv. Er ist die Form des Meinens, der Ansicht, Ueberzeugung, Erklärung, des Gutachtens, Urtheils. Darum findet er seine Hauptanwendung in den Senatsbeschlüssen.[831])

Auch das richterliche Urtheil kann außer der Form der Condemnation die des bloßen Ausspruches annehmen (B. 1 S. 173); der dabei benutzte solenne Ausdruck ist: videri.[832]) Ebenso das

829) Eine ganze Blumenlese von Conjunctiven s. in L. 1 §. 10 de ventre inspic. (25. 4). Die sprachlichen Wendungen des prätorischen Edicts hat jetzt Dernburg in den Festgaben für Heffter S. 93 u. fl. einer anregenden Untersuchung unterzogen, die, wenn auch meines Erachtens zunächst noch ohne festes, überzeugendes Resultat, doch der Forschung ein interessantes Ziel in Aussicht stellen.

830) Beispiele verschiedener Anträge bei Briss. II, c. 1.

831) Die Einleitungsphrasen waren: placere, videri, curae fore, existimare, censere, arbitrari, aequum censere, judicare u. a. mit dem Accusativ cum Infinitiv oder bei Befehlen mit ut und ne, s. Briss. II, c. 73 und fl. Daß beide Formen ursprünglich ohne allen Unterschied gebraucht sein sollten, kann ich nicht glauben, vermag jedoch nichts Bestimmtes darüber anzugeben.

832) Cic. Acad. prior. II, 47: majores voluerunt ... quae judices

Zeugniß (Gutachten des Kunstverständigen?), für welches der Ausdruck: arbitrari üblich war,[833]) und höchst wahrscheinlich wird man in älterer Zeit diese Form auch bei allen Arten von Gutachten beobachtet haben, z. B. bei den Responsen der Juristen, Augurn, Fetialen, Pontifices u. s. w.[834])

4. Der Indicativ. Er ist die Form der Behauptung, Erklärung, Versicherung, Constatirung. Aber mit einem wohl zu beachtenden, ungemein feinen Unterschiede. Wenn die Thatsache, welche der Sprechende behauptet, lediglich auf seiner subjectiven Ueberzeugung beruht, z. B. daß er Eigenthümer oder Gläubiger sei, so kann er nicht sagen: res mea est, te mihi dare oportet, sondern nur: ajo rem meam esse, ajo te mihi dare oportere.[835]) Anders hingegen, wenn seine bloße Erklärung ausreicht, die beabsichtigte Wirkung objectiv hervorzurufen, oder wenn sie seine eigene Handlung oder eine Thatsache, die vor seinen Augen geschieht, constatiren, ohrenkundig machen soll. Hier spricht er kategorisch, also z. B. praes sum, spondeo, hereditatem adeo cernoque, manum injicio, silentium est, dixere. Besonders instructiv ist in dieser Beziehung die Formel der Mancipation. Die Behauptung des Empfängers, daß er die Sache (um Geld) an sich genommen habe, lautet kategorisch und objectiv: est emtus; dagegen die damit verbun-

---

cognovissent, ea non ut esse facta sed ut videri pronuntiarent. Beispiele bei Briss. V, c. 218. Namentlich scheint im Sacramentsproceß das Urtheil auf sacramentum (actoris, rei) justum videri gelautet zu haben. Keller Civilproceß §. 66 bezeichnet das videri bloß als „alt anständig".

833) Cic. pro Fontejo c. 9: illud verbum consideratissimum nostrae consuetudinis: arbitror, quo nos etiam tunc utimur, quum ea dicimus jurati quae comperti habemus, quae ipsi vidimus. Acad. prior. II, 47.

834) Daß man späterhin sich nicht an die Form band, ist freilich unzweifelhaft, allein dies ist für die ältere Zeit durchaus nicht maßgebend. Beispiele jener Responsen s. bei Briss. I, 211, 215, 218 II, 98 III, 88 u. a.

835) Die letztere Formel bei Val. Prob. de notis §. 4, die erstere bei Gaj. IV, 16.

dene, daß er jetzt Eigenthümer sei: ajo, rem meam esse, ähnlich wie die Formel im Vindicationsproceß. Beides gleich logisch gedacht. Denn die Thatsache des Kaufes wird durch jene Erklärung objectiv hergestellt und constatirt, nicht aber die des Eigenthumserwerbes, denn sie ist von dem Eigenthum in der Person des Gebers abhängig, der Erwerber kann rücksichtlich ihrer mithin nur eine subjective Ueberzeugung äußern.

5. Das Futurum in erster Person ist die Ausdrucksform der Absicht und die des Versprechens. Seine wichtigste und interessanteste Anwendung findet es im prätorischen Edicte; es ist, so zu sagen, das Monogramm des Prätors. Als Beispiel nenne ich: actionem, judicium, in integrum restitutionem, interdictum, bonorum possessionem dabo, non dabo, jubebo, pacta conventa servabo, ratum habebo, animadvertam, vetabo, cogam, permittam.[836] Es kann nicht Zufall sein, daß der Prätor durchgehends in erster Person spricht. Warum nicht ein einziges Mal das Futurum in dritter Person, z. B. actio dabitur, pacta conventa servabuntur, ratum erit u. s. w.? Warum ferner stets das Futurum, warum nicht, wie anderwärts, die Wendung: ratum est? Läge hier nicht eine Absicht zu Grunde, es müßte wenigstens hie und da sich auch einmal eine andere Form eingeschlichen haben. Die Absicht ist nicht schwer zu errathen. Der Prätor hat keine legislative Gewalt, er konnte also z. B. nicht sagen: Die Pacta sollen gültig sein oder sind gültig. Was er vermochte, war bloß zu versprechen: er werde sie schützen, aufrecht halten und auch er nur während der Dauer seines Amtsjahres. Sein Nachfolger konnte das Edict ändern,

836) Das Präsens kommt fast nur in der im Edict aufgestellten Formel der Interdicte vor: vim fieri veto; es ist, wie Schmidt von Ilmenau, Zeitsch. f. Civilr. u. Proc. N. F. VIII S. 44 es richtig ausdrückt, die Form des Spezialbefehls, der sich mit der zweiten Person gegen die angeredete Partei kehrt (unde tu illum vi dejecisti, uti possidetis), während die Partei bei den generellen Rechtsvorschriften generell z. B. si quis dicetur bezeichnet wird.

und darum durfte er, wenn er nicht mehr versprechen wollte, als er zu halten vermochte, nur sagen: ich werde die Klage ertheilen oder nicht ertheilen, die Verträge aufrecht halten u. s. w. So ist mithin diese stylistische Nüancirung ungemein prägnant; sie zeichnet wie mit einem Pinselstrich das ganze Wesen des prätorischen Rechts, den Zusammenhang desselben mit der Persönlichkeit des Redenden und seiner Amtsgewalt — das jus civile beruht auf der unpersönlichen lex, das prätorische Recht auf der Persönlichkeit des Prätors.[836a])

In den solennen Formeln des ältern Civilrechts hingegen hat umgekehrt das Futurum keinen Raum. Sie lauten sämmtlich auf das Präsens.[837]) Für die eigentlichen Legisactionen ist dies ausdrücklich bezeugt. Nulla legis actio, sagt Paulus,[838]) prodita est de futuro; es könnte ebenso gut heißen: in Futuro, im Futurum. Allein auch für die nicht-obligatorischen Rechtsgeschäfte (z. B. die mancipatio, in jure cessio, manumissio) ist dies außer allem Zweifel; es hängt mit einem Princip zusammen, das ich erst an einem spätern Orte (B. 3 §. 53) näher begründen kann, nämlich mit dem Princip der Präsenz der Requisite und Wirkungen des Rechtsgeschäfts im Moment seines Ab-

836a) Dirksen a. a. O. faßt die Sache folgendermaßen: „Noch mehr aber bestätigt sich der innige Zusammenhang der Edicta perpetua mit dem Gewohnheitsrecht dadurch, daß der Magistratus, welcher in seinem Edict jederzeit in der ersten Person von sich spricht, sich selbst nur als den Executor von Rechtsprincipien hinstellt, deren zureichende Begründung er stillschweigend voraussetzt, ohne eine bestimmte positive Quelle dafür anzuführen." Meines Erachtens sehr gesucht und unschlüssig! Das „Ich" des Prätors stellt die Persönlichkeit in den Vordergrund, gerade im Gegensatz zu der objectiven Regel des Gesetzes oder Gewohnheitsrechts, und wenn irgendwo, so ist hier mit dieser Betonung der Persönlichkeit mittelst eines Federstrichs der ganze Charakter der Institution selber gekennzeichnet worden.

837) So auch die römische Stipulationsform mit spondeo. Die abstractere an kein bestimmtes Wort gebundene Stipulation des jus gentium hingegen (S. 537) kann im Futurum geschlossen werden: dabis? dabo, facies? faciam.

838) Vat. frag. §. 49.

ſchluſſes — jene müſſen bereits vorhanden ſein, dieſe ſofort beginnen, das Rechtsgeſchäft kann weder anticipirt, noch ſuspendirt werden.

Es bleibt mir ſchließlich noch:

6. Die Form der Frage und Antwort. Für gewiſſe Gelegenheiten verſteht ſie ſich von ſelbſt, für andere Verhältniſſe hingegen iſt ihre Wahl eine bedeutungsvollere; es liegt ihr eine beſtimmte Abſicht zu Grunde, die wir zu ermitteln haben.

Wenn der Beklagte bei Beginn des Proceſſes vor dem Prätor (in jure) aus eignem Antriebe ein für den Kläger wichtiges Geſtändniß ablegte, ſo hatte dies nicht die Kraft einer confessio in jure; er mußte gefragt ſein (interrogatio in jure).[839] Warum? Das Geſtändniß als ſolches iſt etwas Beziehungsloſes; ſoll daſſelbe eine Beziehung auf dieſen Kläger erhalten, ſo muß dies durch eine Handlung von ſeiner Seite vermittelt werden. Dies geſchieht durch die Frage. Jetzt iſt das Geſtändniß ihm abgelegt (in personam, nicht bloß in rem).

Ebenſo bei dem Verſprechen. Uns zwar mag es ſo ſcheinen, als ob die beabſichtigte Richtung des Verſprechens auf dieſen Gläubiger ſchon vollſtändig dadurch an den Tag gelegt werde, daß die Leiſtung an ihn erfolgen ſolle, einerlei ob das Verſprechen ihm gegenüber abgelegt ſei. Allein dann hätte es auch als confessio in jure gelten müſſen, wenn der Beklagte ungefragt geſtanden hätte, daß er dieſen Kläger beſtohlen oder von ihm etwas erhalten habe. Die bloße Beziehung des Inhalts der Ausſage auf ihn genügt nicht, die Beziehung muß hier wie dort durch eine Willenserklärung des Gläubigers hergeſtellt werden.

Allein warum kann dies in beiden Fällen nicht durch Ac-

839) Dies geht hervor aus der Art, wie Ulpian in L. 9 pr. de interr. (11. 1) ſich äußert: si sine interrogatione quis responderit se heredem pro interrogato habetur. Ein Beiſpiel einer Frage aus dem Legisactionenproceß bei Gaj. IV, 16: postulo, anne dicas, qua ex causa vindicaveris.

ceptation geschehen? Ein acceptirtes Geständniß oder Versprechen, sollte man sagen, stände einem auf Grund der Frage abgelegten völlig gleich. Die Antwort ist: weil der, welcher erwerben will und später möglicherweise klagen muß, die Initiative ergreifen muß.[840] Bei Akten, bei denen die Handlung des einen Theils genügt wie bei der Mancipation und der gerichtlichen Abtretung, der andere aber sich auf eine passive Assistenz beschränken kann, bedarf es aus diesem Grunde der Frage nicht. Anders aber, wenn der Akt eine Erklärung des zu Verpflichtenden erfordert, und zwar eine solche, die ihm von dem Gegner nicht anbefohlen werden kann. Hier hat letzterer die Erklärung zu formuliren und ihm vorzulegen[841] und zwar in Form der Frage, weil diese Form, indem sie die Möglichkeit der Bejahung oder Verneinung offen läßt, implicite die Freiheit des andern Theils anerkennt, während der Befehl seiner Idee nach diese Freiheit ausschließt, mithin nur da am Platz ist, wo der Andere ihn befolgen muß.

Die Anwendbarkeit der Frage war begreiflicherweise auf die obigen beiden Fälle der interrogatio in jure und der stipulatio nicht beschränkt. Es hat aber kein Interesse, die sämmtlichen oder auch nur die Hauptfälle aufzuführen, ich beschränke mich auf die Bemerkung, daß bei ihnen allen der obige Gesichtspunkt sich zu wiederholen scheint, daß nämlich, wer von dem Andern etwas erreichen will, mittelst der Frage die Initiative ergreift, sei das zu Erreichende eine bloße Meldung, Aussage, wie bei der Frage

840) Die Begründung dieses Gesetzes der Initiative an anderer Stelle. Als Beispiel diene die stipulatio, in jure cessio, mancipatio; selbst bei der Testamentserrichtung spricht zuerst der familiae emtor und erst nach ihm der Testator. Es ist der nur formelle Ausdruck dieses Grundsatzes, daß die römische demonstratio in allen Beispielen, welche Gajus (IV, 40, 47, 59, 136, 137) mittheilt, stets auf die zur Begründung der Obligation erforderliche Thätigkeit des Klägers (deposuit, stipulatus est, vendidit), nie auf die dazu ebenso wesentliche des Beklagten lautet.

841) Damit hängt die Interpretationsregel in L. 39 de pact. (2. 14) und L. 38 §. 18 de V. O. (45. 1) zusammen.

des Magistrats an den Augur oder eine Autorisation, wie bei der des Fetialen an den König[842]) oder, wie in den eben angegebenen Fällen, eine Verpflichtung des andern Theils.

Die Form der Bitte, welche namentlich in den Fideicommissen eine rechtshistorische Bedeutung gewinnt, gehört, wie letztere selber dem spätern Rechte an; in der ältern Zeit war sie die entsprechende Ausdrucksform für rechtlich nicht verbindliche Auflagen.

2. Die juristische Syntax.

Die rechte logische Reihenfolge der Worte und Satztheile festzustellen war ein Problem, mit dem das klassische Alterthum sich vielfach beschäftigt hat. Es konnte nicht ausbleiben, daß auch die alten Juristen bei der Abfassung der Formeln auf diese Frage geführt wurden und ihr in irgend einer Weise gerecht werden mußten. Ihre Antwort darauf ist uns aufbewahrt, sie liegt in den uns erhaltenen Formeln, aber freilich bedarf es erst eines Suchens um sie zu finden.

Nach dem Vorbilde der Syntax haben wir die Stellung der einzelnen Worte und die der einzelnen Satztheile in's Auge zu fassen. Ueber erstere habe ich wenig zu sagen, da es nicht meine Absicht sein kann, mich auf das Gebiet rein grammatikalischer für meine Zwecke werthloser Untersuchungen zu verlieren. Ich beschränke mich auf folgende abgerissene Bemerkungen.[843])

---

842) Liv. I, 24. Jubesne me, Rex, . . . foedus ferire . . . facisne me tu regium nuntium u. s. w.? Ob nicht auch die tutoris auctoritas früher durch eine eigene darauf gerichtete Frage hervorgerufen werden mußte, lasse ich dahin gestellt, nach neuerm Recht (L. 3 de auct. 26, 8. Etiamsi non interrogatus tutor auctor fiat, valet auctoritas ejus) bedarf es derselben nicht.

843) Daß bei der Anrufung einer Person (z. B. der Götter, Cato de re rust. c. 132, 134. Liv. I, 18. VIII, 9) der Name gleich am Anfang genannt wird und daß eben so die Formula mit der Nennung des Richters (M. M. judex esto) beginnt, verdient kaum der Hervorhebung.

Wenn mehrere einzelne Arten eines Gattungsbegriffs aufgeführt werden, die aus verschiedenen Zeiten datiren, im übrigen aber sich gleichstehen, so wird die chronologische Reihenfolge derselben inne gehalten, also z. B. die lex vor dem Plebiscit, beide zusammen vor den Senatsbeschlüssen, letztere vor den Constitutionen der Kaiser genannt.[844] Wie sehr dies in der Weise der Römer gelegen haben muß, geht daraus hervor, daß eine bei den römischen Archäologen ganz verbreitete Ansicht den Grund, warum bei Anrufung mehrerer Götter Janus die erste Stelle einnehme, darin finden wollte, daß er der älteste gewesen sei. Ob diese Ansicht richtig, und ob nicht vielmehr umgekehrt die letztere Annahme bloß jener Erklärung zu Liebe aufgestellt worden ist, will ich nicht entscheiden,[845] für unsern Zweck genügt die bloße Thatsache einer solchen Ansicht.

Auch der Aberglaube hatte an der Ordnung, in der man die verschiedenen Namen aufzählte, seinen Antheil. Auf Namen glücklicher Vorbedeutung legte man in Rom bekanntlich einen hohen Werth; die Träger derselben waren bei Gelegenheiten, wo man sich durch diese Rücksicht bei der Wahl leiten lassen konnte, gesuchte Artikel.[847] Aus diesem Grunde rief man bei Enrolirung der Mannschaft die Namen, die eine gute kriegerische Vorbedeutung hatten, zuerst auf, nämlich die der Valerii (d. i. „Kräftigen" von valere) und Statorii (die „Standhalter"), und

---

844) Ich verweise auf die stehende Formel lex sive Plebiscitum und sodann auf L. 7 §. 7 de pact. (2. 14) . . adversus leges, Plebiscita, SCa, edicta principum. L. 1 §. 8 de post. (3. 1) lege, plebiscito, senatus consulto, edicto, decreto principum . . L. 1 §. 1 i. f. ex quib. causis (4. 6) u. a. Plinius H. N. XXXIII, 8 . . qua de causa et nunc (equester ordo) post populum scribitur, quia novissime coeptus est adjici.

845) Man hatte auch andere Deutungen allegorischer Art, die ebenfalls bei der bekannten Weise der Römer große innere Wahrscheinlichkeit haben, z. B. daß Janus als Pförtner den Bitten den Eingang öffnen solle. Die sämmtlichen Belegstellen s. bei Briss. I, c. 75.

847) S. z. B. um das Opferthier zu führen. Plin. H. N. XXVIII, 5.

waren keine da, so wurden in ächt römischer Weise — welche fingirt.[848])

Nach einem Bericht von Plinius war sogar in einem Fall die Ordnung der Worte durch ein Gesetz ausdrücklich bestimmt.[849]) Der Magistrat sollte nämlich bei Verhängung einer Brüche zuerst die Schaafe und dann die Rinder nennen, und darin will jener Schriftsteller einen Beweis von Milde der ältern Gesetze finden. So lauten seine Worte, allein es ist offenbar, daß dieselben etwas anderes sagen sollen, oder daß sie etwas Verkehrtes enthalten. Das Richtige schimmert deutlich durch. Jene Ordnung bezog sich auf die Steigerung der Brüche bei fortgesetzter Halsstarrigkeit. Der Magistrat sollte mit dem niedrigsten Satz: dem Schaaf beginnen und erst, wenn diese Strafe sich als unausreichend erwiesen hatte, in Rindern brüchen.[850])

Von ungleich höherem Interesse als die Reihenfolge der einzelnen Worte ist die der einzelnen Satztheile oder die logische Gliederung des Gedankens. Das einfache Princip dieser Anordnung besteht darin: was nach Regeln der Logik und zwar der auf die Rechtsbegriffe angewandten, vorangeht, nimmt in der Formel die erste,[851]) was nachfolgt, die zweite Stelle ein. Darum geht der eigentlichen Disposition voran:

1. die Beschreibung des Gegenstandes oder des Ver-

848) Schol. Bob. ad orat. pro Scauro §. 30 (Orelli II p. 374) necesse enim erat, ut haec nomina prima essent in exercitu propter omen. Cic. de nat. deor. II, 27. Cum in omnibus rebus maximam vim haberent prima et extrema. Darum begann man auch die censorischen Verpachtungen mit dem lacus Lucrinus (wegen der Allusion an lucrum!) Fest. Locus Lucr. (Müller p. 121) und die Ausverdingungen mit der der Fütterung der rettenden capitolinischen Gänse. Plin. H. N. X. 26.

849) Plin. H. N. XVIII, 3.

850) So ist Gellius XI, 1 über die multa minima und suprema mit Plinius zu combiniren. Niebuhr Röm. Gesch. B. 2. Aufl. 3. S. 341. Die Ansicht ist jetzt genauer begründet von Huschke in seiner Schrift, Die Multa und das Sacramentum, Leipzig 1874.

851) Damit hängt auch die Stellung der praescriptiones pro reo (Keller Röm. Civilproc. §. 43) am Anfang der Formel zusammen.

hältnisses. Als bekanntesten Anwendungsfall nenne ich die demonstratio der Formula:

Quod A. A. apud N. N. mensam argenteam deposuit, qua de re agitur — quidquid ob eam rem (in den ältern Formeln: ejus rei ergo) N. N. A. A. dare facere oportet u. s. w. Gaj. IV, 47. — Fundus, qui est in agro, qui Sabinus vocatur, eum . . meum esse ajo. Cic. pro Mur. 12.

Die Beispiele wiederholen sich in allen Formeln des geistlichen, öffentlichen und Privatrechts in unzähliger Menge; z. B.:

Quam rem Senatus Populusque Rom. de republica deque ineundo novo bello in animo haberet — ea res uti u. s. w. Liv. XXXI, 5.

2. Die Erwähnung des Eintritts der Voraussetzung:

Quod me P. Maevius testamento heredem instituit — eam hereditatem adeo cernoque Gaj. II, 166. — Quod tu mihi judicatus sive damnatus es . . . ob eam rem . . . manum injicio Gaj. IV, 21.[852])

Quando in jure te conspicio, postulo u. s. w. Quando negas, sacramento provoco. Val. Prob. de notis §. 4 und Gaj. IV, 16.

Dieser objective Eintritt der Voraussetzung läßt sich subjectiv in vielen, wenn nicht in allen Fällen auch als Grund der Handlung auffassen, dies darf uns jedoch nicht abhalten, des letztern als eines eignen logischen Moments besonders zu gedenken.

3. Der Grund. Dem Schluß oder Entschluß geht der Grund logisch voran. So bei der Formel der gerichtlichen Prodigalitätserklärung:

Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis . . . ob eam rem tibi ea re commercioque interdico. Paul. Sent. Rec. III, 4ª §. 7.

---

852) Für diesen Fall ist sogar das Erforderniß der vorherigen Namhaftmachung der causa von Gaj. IV, 24 ausdrücklich hervorgehoben.

und bei der Kriegserklärung, wobei ein doppelter Grund oder richtiger ein Grund des Grundes angegeben wird:

Quod populi priscorum Latinorum . . . adversus P. R. Q. fecerunt, deliquerunt (Fundamentum remotum) quod P. R. Q. bellum cum . . . jussit esse (Fundamentum proximum) . . . ob eam rem . . . bellum indico facioque. Liv. I, 32.

4. Die Bedingung. Die ganze Dispoſition iſt nur für den Fall beabſichtigt, daß die Bedingung eintritt; wer über jene zu erkennen hat, muß ſich erſt des Eintritts dieſer vergewiſſern, die Voranſtellung der Bedingung zeichnet ihm alſo logiſch den Gang vor, den er bei der Unterſuchung einzuhalten hat.

Dieſe logiſch nothwendige Stellung der Bedingung kehrt daher, ſoweit ich habe vergleichen können, überall wieder. Als Beiſpiele verſchiedener Geſchäfte nenne ich folgende:

Das Votum: Si bellum . . confectum erit, tum u. ſ. w. Liv. XXXVI, 2.[853])

Die Verwünſchung bei Abſchluß des Födus: Si prior deficit . . tu . . Jupiter populum Rom. sic ferito u. ſ. w. Liv. I, 24.

Die Intentio in der Inſtruction an den Richter: Si paret, N. N. Ao Ao centum dare debere, condemna, si non paret, absolve. Gaj. IV, 41, 43[854]) und die angeblich älteſte Formel bei Liv. I, 26.

---

853) Eine ganze Blumenleſe bei Briss. I, c. 159 und fl. Die bei den Dichtern vorkommenden Vota eigner Fabrication können natürlich nicht mit in Betracht kommen, obgleich auch ſie regelmäßig die Bedingung voranſtellen.

854) Ich benutze dieſe Gelegenheit, um auf einen für die ſcharfe Faſſung der Formeln recht lehrreichen Beleg aufmerkſam zu machen. Enthält nämlich nicht das: si non paret absolve einen Pleonasmus? verſtand es ſich nicht von ſelbſt, daß der Richter zu abſolviren hatte, wenn die Bedingung der Condemnation, das si paret nicht eingetreten war? Für uns wohl, und ebenſo dachten die ſpätern römiſchen Juriſten (L. 37 de R. J. 50. 17. L. 3 de re jud. 42. 1), allein die früheren verlangten, daß dies ausdrücklich hervorgehoben werde, denn das Gegentheil von si paret, condemna

Die Erbeseinsetzung und sämmtliche bedingte Dispositionen des Testaments. Gaj. II, 179, 235. L. 40 §. 3, 8 de statulib. (40. 7).[855]

Dagegen gehen nach:

1. die Beschränkung, die Auflage. Darum findet bei Bestellung der Servitut durch deductio die Servitut als eine Beschränkung des Eigenthums ihre Stelle hinter dem auf Gewährung des Eigenthums gerichteten Passus:

ajo hunc fundum meum esse . . deducto usufructu. Vat. fr. §. 50.

Aus demselben Grunde konnte auch das Legat nur hinter der Erbeseinsetzung Platz finden, denn es enthält eine Verminderung der Erbschaft,[856] und eben darum meinten diejenigen Juristen, welche diesen Gesichtspunkt für den entscheidenden ansahen (Note 861), daß die tutoris datio vor der Erbeseinsetzung stehen dürfe, da sie mit der Erbschaft nichts zu schaffen habe.[857] Ein anderes Beispiel, das ich jedoch erst bei einer andern Gelegenheit klar machen kann, gewährt die cretio:

Titius heres esto, cernitoque etc. Ulp. XXII, 33.

2. Die Ausnahme. Der bei weitem wichtigste Anwendungsfall ist die Stellung der exceptio in der Formula. Wer mit mir die Ueberzeugung theilt, daß über Fragen der juristischen

---

ist streng genommen nicht das positive: absolve, sondern das negative: ne condemna, und bei den Quästiones perpetuä bestand längere Zeit hindurch noch eine dritte Möglichkeit: die Erklärung des „non liquet". Darin beruhte auch vielleicht die Nothwendigkeit der ausdrücklichen exheredatio bei der bedingten heredis institutio eines suus heres, was ich hier nicht weiter ausführen kann. Nur wo beim Nichteintritt der Bedingung lediglich die bedingt gesetzte Folge ausfallen soll (z. B. si fecerim, spondesne centum dare) bedarf es der ausdrücklichen Hervorhebung nicht; die reine Negation versteht sich von selbst.

855) Viele andere Belege bei Briss. VII, c. 62 u. a. a. St.

856) Delibatio hereditatis, L. 116 pr. de leg. I. (30).

857) Gaj. II, 231 . . quod nihil ex hereditate erogatur tutoris datione.

Syntax nicht stylistische Rücksichten,[858]) sondern nur die Gesetze der logischen Ordnung entschieden, kann darüber nicht zweifelhaft sein, daß die exceptio an das Ende der intentio gehörte. An das Ende der condemnatio gesetzt[859]) hätte sie gesagt: erst condemnire, o Richter, und dann untersuche, ob nicht eine Ausnahme vorliegt.

3. Der Zweck. Ich nenne die bekannte Eidesformel: se uxorem liberorum quaerendorum causa habere. Gell. IV, 3.

4. Die accessorische Disposition. Von den verschiedenen Dispositionen eines Geschäftes ist diejenige zuerst zu nennen, von deren Gültigkeit und Bestand alle andern abhängen. Damit das Legat zu Recht bestehe, muß vorher die Erbschaft angetreten sein, die Frage nach den Legataren kann erst aufgeworfen werden, wenn die nach dem Erben erledigt ist; es muß also im Testament die Erbeseinsetzung den Legaten und allen übrigen Dispositionen vorausgehen.[860]) Ebenso kann eine Pupillarsub-

858) Wie Savigny System V §. 226 Note e glaubt, indem er gegen die im Text vertheidigte Stellung den Einwand des „unbehülflichen und undeutlichen Ausdrucks" geltend macht.

859) Was Savigny schlechthin will und Keller Röm. Civilproc. §. 34 Note 376 wenigstens für möglich hält. Die lex Rubria c. 20, die er anführt, beweist dies nicht, denn die condemnatio steht in der von ihr aufgestellten Formel ganz am Ende (C. S. N. P. A. d. h. Condemna, Si Non Paret Absolve). Der Schein des Gegentheils ist durch die Auflösung von E. J. in eum jube veranlaßt — eine Auflösung, die aus mehreren, ziemlich auf der Hand liegenden Gründen unmöglich ist. — Darum kann auch die deductio bei der Klage des bonorum emptor unmöglich hinter der condemnatio gestanden haben, wohin Dernburg, Ueber die emtio bonorum S. 142 und Die Compensation Aufl. 1 S. 54 sie stellt (in der zweiten Aufl. der letzteren Schrift hat er S. 42 nach v. Scheurl Beiträge I S. 155 seinen Irrthum berichtigt). Es hätte geheißen: Richter, verurtheile erst den Beklagten auf das Ganze und hinterher ziehe ab!

860) Gaj. II, 229. — Ante heredis institutionem inutiliter legatur, quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt et ob id velut caput et fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio §. 230 (libertas) §. 231 (tutoris datio). Auch die exheredatio konnte

ſtitution nur angeordnet werden, nachdem der Teſtator ſich ſelber den Erben ernannt hat.[860a]) Eben darum war auch die Anſicht der Proculejaner,[861]) daß die tutoris datio ihren Platz vor der Erbeseinſetzung finden könne, im Geiſt des ältern Rechts entſchieden zu verwerfen; ſie wurzelte in der einſeitigen Geltendmachung des oben (Note 857) angedeuteten Geſichtspunktes.

Wenn ein Teſtator ſeinen Sklaven im Teſtament zugleich freilaſſen und zum alleinigen Erben einſetzen wollte, welche von beiden Dispoſitionen hatte er zuerſt zu treffen?

Um Erbe zu werden, mußte der Sklav vorher frei ſein; um frei zu werden, mußte die Erbſchaft angetreten ſein. Es war ein Cirkel, aus dem es keinen Ausweg gab, eine logiſche Sackgaſſe, und wäre nicht am Ende die Rückſicht auf das praktiſche Intereſſe in den alten Juriſten doch noch ſtärker geweſen als alle Macht der Sophiſtik, ſie würden jene Dispoſition für unmöglich haben erklären müſſen. Sie halfen ſich, indem ſie die beiden Verfügungen in einem Satz zuſammenfaßten, die Verwirklichung alſo als gleichzeitig zu denkend bezeichneten.[861a])

Die bisherige Unterſuchung kann als erſter in dieſer Richtung unternommener Verſuch unmöglich auf Vollſtändigkeit Anſpruch machen; ein Gebiet, das ſchon dem erſten Anlauf eine ſo reiche Ausbeute gewährte, ſchließt jedenfalls noch eine Menge

---

früher erſt nach der hered. institutio geſchehen, bis Hadrian das Gegentheil erlaubte, L. 1 pr. de hered. inst. (28. 5).

860a) Das Gegentheil bezeichnet der Juriſt in L. 2 §. 4 de vulg. subst. (29. 6) als „convertere ordinem scripturae".

861) Gaj. II, 231.

861a) Gaj. II, 186 . . simul et liber et heres esse juberi debet, wobei dann die Voranſtellung der einen oder andern Verfügung gleichgültig ſei. Darauf bezieht ſich die Regel, welche Alfenus Varus in L. 11 de pec. leg. (33. 8): in conjunctionibus (d. h. in den zur Einheit verbundenen Verfügungen) ordinem nullum esse neque quicquam interesse, utrum eorum primum diceretur aut scriberetur. S. jedoch L. 14 de penu leg. (33. 8); ein Juriſt der ältern Zeit würde ſchwerlich ſo argumentirt haben.

ungehobener Schätze in sich[816b]), und ich kann nur wünschen, daß mein Beispiel dazu beitragen möge, die historischen Forschungen mehr als bisher auf diesen so völlig vernachlässigten Punkt zu richten.[861c]) Daran würde sie einen ungleich würdigeren und dankbareren Gegenstand besitzen als an der heutzutage fast zu einer Modekrankheit der Rechtshistoriker gewordenen Unsitte des Reconstruirens römischer Klagformeln. Wenn man bedenkt, wie lückenhaft und völlig unvollkommen zur Zeit noch unsere Kenntniß der Gesetze dieses Zweiges der altjuristischen Kunst beschaffen ist, und wie wenig unser modernes Auge die Schärfe oder Uebung besitzt, die Feinheiten derselben wahrzunehmen, so daß selbst unsern größten Meistern Verstöße der allergröbsten Art begegnen konnten,[861d]) so wird man derartigen zum großen Theil aus wissen-

---

861b) Ich unterdrücke selber einige abgerissene Beobachtungen, für die ich keine rechte Stelle habe finden können, jedoch möge folgende hier Platz finden. Warum lautete die Formel des Vindicationslegats: capito, sumito, habeto, die des Damnationslegats: dato, facito? Hätten sie nicht umgekehrt lauten können? Nein! Die Obligation geht auf eine Leistung, ein dare facere des Schuldners, der Eigenthumserwerb besteht nach römischer Ansicht in einem Nehmen des Erwerbers (B. 1 S. 110), einem capere, sumere, darum lautete die eine Formel auf eine Handlung des Erben, die andere auf eine des Legatars, ohne des Erben zu erwähnen (so wie ja auch die der mancipatio und in jure cessio des bisherigen Eigenthümers nicht gedenkt).

861c) [913] Ich möchte ihn insbesondere auch der Aufmerksamkeit der Philologen empfehlen. Wo fänden dieselben z. B. eine so absichtliche Unterscheidung der Conjunctionen quod und quando als in den vier Formeln der cognitoris datio bei Gaj. IV, 83, von denen die beiden des Klägers sich der einen, die des Beklagten sich der andern bedienen? (Vergl. auch die beiden Beispiele auf S. 599.) Ich bin fest überzeugt, daß die begriffliche Nüancirung der Conjunctionen quod, quum, quoniam, quando, si u. s. w. nirgends so beachtet und folglich auch zu beobachten ist als in den alten juristischen Formeln.

861d) [915] So z. B. stellt Savigny die exceptio hinter die condemnatio (Note 859) — eine Instruction an den Richter, die um nichts besser ist, als wenn ein General einem Officier befehlen würde, einen Spion erst aufzuhängen und dann zu untersuchen, ob er auch wirklich Spion gewesen sei, in diesem Fall ihn aber nicht aufzuhängen. Puchta (Cursus der

ſchaftlicher Prunkſucht und Schauſtellung hervorgehenden Verſuchen ſchwerlich einen großen Werth für die Wiſſenſchaft beilegen

---

Inſt. II §. 162 not. o) gibt als Formel, wodurch der Prätor die Parteien zum manus conserere bei Grundſtücken aufforderte, folgende an: suis utrisque superstitibus praesentibus vindicias sumite, inite viam. Statt der geſperrten Worte hat Cic. pro Mur. 12, dem die Formel entnommen iſt: istam viam dico, die aber Ciaconius („satis ingeniose e Festo." Orelli ad h. l.) mit jenen vertauſcht, worin er an Puchta einen Nachfolger gefunden hat. Wer die Formel bei letzterm lieſt, muß ſie für eine ächte halten, ſie wird mitgetheilt mit Angabe der Quellenbelege und ohne weitere Warnung. Der Umſtand, daß ein Mann wie Puchta jene Worte nicht ſofort für unmöglich erkannte, liefert einen frappanten Beweis dafür, wie wenig wir uns noch in das römiſche Formelweſen hineingedacht haben; ſie enthalten einen Verſtoß gegen die einfachſte Bauernlogik — jeder Römer würde den Prätor verlacht haben, der ihm befohlen hätte, zuerſt die Scholle zu holen und dann ſich auf den Weg zu machen! Einen gleichen Verſtoß, den ich wohl nicht erſt zu erläutern brauche, begeht Puchta in ſeinen Pandekten §. 504 mit ſeiner „Setzung eines Termins der Erklärung als Bedingung der Einſetzung" (alſo etwa ſo: si intra dies 100 creveris, heres esto!). Andere Beiſpiele ſ. Note 859 (Dernburg, Stellung der deductio hinter die condemnatio); S. 605 (Huſchke, Gebrauch des Imperativ bei einer Handlung, die der Sprechende ſelber vorzunehmen hat); B. 3 §. 52 Note 96 (Keller und Rudorff, Conſtruction der act. negatoria und confessoria in einer Weiſe, daß jene mit Erfolg auch vom Nichteigenthümer, dieſe aber von dem wirklich Berechtigten nur gegen den Eigenthümer hätte angeſtellt werden können). B. 3 S. 58 Note 44 (Rudorff, Conſtruction einer act. in factum für die uralte act. furti). S. auch das von Bruns, Zeitſchr. f. R. G. I S. 44 angeführte Beiſpiel einer Reconſtruction der Formel der act. de constituto von Noodt und Haubold, welches darauf hinausläuft, daß der Prätor dieſe Klage dem Berechtigten dann zu geben verſpricht, wenn er vorher den Beweis des constitutum erbracht hat (si appareat, judicium dabo). Ich habe mich bei dieſer Auswahl nur auf die Tonangeber in unſerer Wiſſenſchaft beſchränkt, die dann freilich von ihren Jüngeren überboten worden ſind. Da findet ſich z. B. bei Salkowski, Bemerkungen zur Lehre von den juriſt. Perſonen 1863 S. 42 eine actio pro socio mit der demonstratio: „quod Servilius (der Beklagte) socius est", an der nichts richtig iſt als die Conjunction quod! Denn 1. lautet jede der uns erhaltenen demonstrationes auf die Perſon des Klägers und aus gutem Grunde (Note 840), ſodann 2. gebraucht jede das Perfectum, ebenfalls aus gutem Grunde, denn das Schuldigſein und das „socium esse" kann man nicht beweiſen, ſondern

können, vielmehr sich durch sie nur in der hausbackenen Wahrheit bestärken lassen, daß man eine Kunst, bevor man sie übe, erst kennen müsse.

3. Das Gesetz der Correspondenz der Form.

Zu den bisher erörterten Gesichtspunkten und Regeln, die das Rechtsgeschäft für sich allein, als einzelnen selbständigen Willensakt betreffen, gesellt sich als ein die Form desselben bestimmendes Motiv noch die innere Beziehung hinzu, in der dasselbe zu verwandten rechtlichen Thatsachen steht.

Wenn der Gläubiger dem Schuldner die Schuld erläßt, so ist dieser Erlaß zwar ein einzelner, selbständiger Akt, allein er steht in einem nothwendigen, innerlichen Bezug zu der Schuld selber. Dasselbe gilt von der Klage; auch sie steht und fällt mit dem Recht, das sie verfolgt, also in letzter Linie mit dem Akt, durch welchen dasselbe angeblich in's Leben gerufen ist. Gehen wir weiter zurück, so weisen alle diese drei Akte: Begründung, Aufhebung und gerichtliche Geltendmachung des Rechts wiederum auf das objective Recht zurück.

So knüpft sich also zwischen den einzelnen Rechtsgeschäften untereinander und zwischen ihnen und den Rechtssätzen und Rechtsbegriffen ein Band innerlich nothwendiger Beziehungen, und das römische Recht hat dem Vorhandensein dieser Beziehungen in der Form und Formel der einzelnen Akte einen morphologischen Ausdruck gegeben. Nicht in der rein äußerlichen, ich möchte sagen rohen Weise, daß diese Beziehung des einen Akts oder Begriffs zum andern in der Formel bloß erwähnt wird; dies ist in den meisten Fällen gar nicht anders möglich — wie könnte man z. B. eine Schuld erlassen oder einklagen, ohne sie selbst, d. h. ihre Entstehung namhaft zu machen?

Sondern der Einfluß, den dies Moment auf die Formel

---

nur den in der Vergangenheit liegenden Abschluß des Contracts. Doch genug der Proben!

oder allgemeiner: auf die Form ausübt, ist ein ungleich feinerer, er ist wirklich morphologischer Art, d. h. die Form oder die Formel legt durch ihren ganzen Zuschnitt Zeugniß ab von der Beziehung, die zwischen beiden Geschäften oder Thatsachen obwaltet. Es ist ein neuer Beleg für eine Beobachtung, die ich oben (S. 485) in Bezug auf die Gestaltung der römischen Formen constatirt und dort als Parallelismus der Begriffe und Formen bezeichnet habe, ich nenne ihn das Gesetz der Correspondenz der Form.

Wäre es nöthig, die einzelnen Anwendungsfälle desselben nach streng logischer Ordnung zu gruppiren, so müßte ich mit der Correspondenz zwischen dem Rechtsgeschäft und dem Recht im objectiven Sinn beginnen. Allein es scheint mir angemessener, diejenige Ordnung zu wählen, welche den Leser am leichtesten und bequemsten in die Sache einführt, und aus diesem Grunde möge die erste Stelle einnehmen:

1. die Correspondenz zwischen den Begründungs- und Aufhebungsformen der Rechtsverhältnisse.

Während wir sonst bei den späteren römischen Juristen kein einziges der von mir bisher entwickelten Gesetze der Form ausdrücklich hervorgehoben finden, verhält es sich mit dem gegenwärtigen anders. Und in der That konnte sich dasselbe ihrer Beobachtung kaum entziehen, da es mehr als irgend ein anderes in die Augen sprang. Sie drücken es aus: nichts sei so sehr der Natur der Sache entsprechend, als daß etwas auf dieselbe Weise untergehe, wie es entstanden sei.[862]) Dasselbe hatte aber nach der Art, wie die altrömische Jurisprudenz es gehandhabt hat, nur eine formelle Wahrheit, d. h. nur die Formen und Formeln der Aufhebung des Rechts entsprachen denen seiner Begründung, der Versuch der spätern Juristen, demselben auch eine materielle

862) L. 35 de R. J. (50. 17) Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est, L. 153 ibid. s. S. 380 Note 523.

Wahrheit zu vindiciren,[862a]) war von vornherein verfehlt. Anwendungsfälle desselben sind folgende:[862b])

Der Widerruf des Legats (ademtio legati) von Seiten des Testators kann nicht mit beliebigen Worten, sondern nur mittelst „verba contraria" geschehen, d. h. durch Wiederholung der Worte der Errichtung mit hinzugefügter Negation, also z. B. beim Vindicationslegat (do, lego) mit non do, non lego, beim Damnationslegat (damnas esto dare) mit damnas ne esto, bei der Freilassung des Sklaven (liber esto) mit liber ne esto.[863])

Die Aufhebung einer Nexusschuld konnte nur durch einen der Errichtung derselben correspondirenden Akt: nexi solutio, liberatio erfolgen. Der Schuldner, der wirklich gezahlt hatte, aber ohne jene Form, blieb verhaftet, während er umgekehrt auch ohne reelle Zahlung frei ward, wenn der Gläubiger ihn in Form dieser Scheinzahlung liberirt hatte.

Die solenne Form des Erlasses einer Stipulationsschuld und ausschließlich auf letztere beschränkt[864]) war die Acceptilation, das directe Gegenstück der Stipulation. Hier wie dort ward das

862a) Wie in L. 46 de A. P. 41. 2 (Anwendung auf Besitz) und in L. 35 de R. J. cit., wo der Jurist den Parallelismus zwischen den Entstehungsgründen der Obligationen (re, verbis, consensu) und ihren Tilgungsarten behauptet. Wenn Kuntze, Krit. Vierteljahrsschr. IX. S. 522 „die Herrschaft des alten Satzes vom contrarius actus" auch darauf erstreckt, so beneide ich ihn nicht um die verzweifelten Anstrengungen, zu denen er sich zu dem Zweck genöthigt sieht, z. B. bei den Consensualcontracten sei der Zahlungsakt regelmäßig mit mutuus dissensus verbunden, als ob die Erreichung des Zweckes der Obligation identisch sei mit der Aufgabe desselben.

862b) Aus dem heutigen Recht läßt sich als Beispiel die Aufhebung der Wechselschuld nennen. Kuntze, Deutsches Wechselrecht S. 61.

863) Ulp. XXIV, 29. pr. I. de ademt. leg. (2. 21) L. 13 §. ult. de statul. (40. 7). Anders bei dem an die eine Form nicht gebundenen modernen Fideicommiß: L. 18 de leg. III (32), L. 27 Cod. de fideic. (6. 42).

864) L. 8 §. 3 de acc. (46. 4): Acceptum fieri non potest, nisi quod verbis colligatum est. Acceptilatio enim verborum obligationem tollit, quia et ipsa verbis fit, neque enim verbis potest tolli, quod non verbis contractum est.

Geschäft durch solenne Worte und in Frageform abgeschlossen, aber mit einer Umkehrung beider. Bei der Stipulation fragte der Gläubiger und antwortete der Schuldner, hier fragte umgekehrt dieser (acceptum habes?) und antwortete jener (acceptum habeo). Inwiefern diese auf „Erhalten haben" gestellte Fassung der Acceptilation gegensätzlich der Stipulation entspricht, kann nur in einem andern Zusammenhange (B. 3 Abth. 2) klar gemacht werden.

Dasselbe galt für den Literalcontract. Ein im Hausbuch (codices accepti et expensi) eingetragener Posten (nomen) mußte im Hausbuch wieder gelöscht werden. Die Eintragung war auf die Hingabe (expensum) gestellt, folglich die Löschung auf das Erhalten (acceptum); beim Schuldner umgekehrt.

Die Dürftigkeit unserer Nachrichten verhindert uns zu entscheiden, ob dieser Grundsatz nicht noch weitere Anwendung fand, ob z. B. nicht die Auflösung einer confarreirten Ehe (diffarreatio) der Eingehung derselben, die exauguratio der inauguratio u. s. w. entsprochen habe.[865])

2. Correspondenz zwischen der Begründung und gerichtlichen Geltendmachung des Rechts.

Ich brauche nicht daran zu erinnern, daß hier überall nur von formellen Begründungsakten die Rede ist, also z. B. nicht von Delictsobligationen, Erwerb des Eigenthums durch Ersitzung u. s. w.

Fassen wir zunächst die Eigenthumsklage in's Auge, so kehrt das Charakteristische der Form der Mancipation bei ihr in einer Weise wieder, daß die Annahme einer Absicht sich gar nicht

865) Otto jurispr. symb. p. 485 gibt noch einen historisch beglaubigten Anwendungsfall an, nämlich den, daß wie die Gründung, so auch die Zerstörung der Städte durch den Pflug zu geschehen pflegte, s. Serv. ad Aen. IV, 212 nam ideo ad exaugurandas et diruendas civitates aratrum adhibitum, ut eodem ritu quo condita, subvertatur. Der Grundsatz wird wahrscheinlich wenn nicht seinen Ursprung, so doch eines seiner ältesten Anwendungsgebiete im religiösen Ritus gehabt haben.

abwehren läßt. Jenes Charakteriſtiſche lag in dem Ergreifen der Sache und in der Formel: ajo rem meam esse (S. 538). Letztere iſt für die Vindication wörtlich dieſelbe, und ebenſo wiederholt ſich bei ihr auch das Ergreifen der Sache (S. 574). Daſſelbe gilt für die act. confessoria und negatoria.[866])

Dieſe Beobachtung muß zu der Frage führen, ob nicht bei der perſönlichen Klage ein ähnliches Verhältniß obgewaltet haben mag. Valerius Probus hat uns als eine den Legisactionen angehörige Formel die oben Note 835 mitgetheilte: ajo te mihi dare oportere aufbewahrt, in der man, und gewiß mit Recht, die der perſönlichen Klage hat finden wollen. Im Formularproceß lautet die Formel ebenſo (si paret) N. N. Ao Ao dare oportere. Als formelle Geſchäfte, denen dieſe Formel correſpondiren könnte, kommen nur die Sponſion und der Literalcontract in Betracht. Beide aber ſchließen den Gedanken an eine Wortalluſion aus, denn in dem in der Stipulation wie in der Formel wiederkehrenden bloßen dare Stichum wird man ſie nicht erblicken wollen. Das charakteriſtiſche „oportere" fehlt. Die Correſpondenz war hier eine, wenn ich ſo ſagen darf, idealere, feinere; ſie ſteckt in dem Gegenſatz der Formulirung der Klage in rem und in personam. Das Eigenthum als abſolutes Recht trägt ſowohl bei der Begründung wie bei der Geltendmachung eine abſolute Form an ſich, die Obligation bei dieſer wie jener Gelegenheit eine relative (S. 470).[866a])

---

866) L. 20 de S. P. R. (8. 3). Si . . (con)cesseris . . uti frui eo jus esse, deinde ego (con)cessero, jus mihi uti frui non esse.

866a) Inſofern mag man die meines Wiſſens zuerſt von Liebe, Die Stipulation (1840) S. 13 gemachte feine Beobachtung der „äußern Congruenz der eignen Erklärung der Partei mit dem judicium" als begründet anerkennen. „Das dari oportere mußte in einer daſſelbe gleichſam verkörpernden Form unzweideutig und wie mit den Sinnen wahrnehmbar daſtehen, und dieſes war der Fall, wenn die conceptio verborum: dari spondes? spondeo vorlag (S. 14 daſelbſt). Jene Correſpondenz der Faſſung der stipulatio und der intentio der Formel wird auch von Gajus betont, nur daß er das obige Verhältniß umdreht, Gaj. IV, 53: itaque sicut

3. Correſpondenz zwiſchen der Klage und dem Urtheil.

Die Klage des ältern Proceſſes iſt ſo zu ſagen ein dem Richter unterbreiteter Urtheilsentwurf, ſie muß daher ganz ſo lauten, wie das Urtheil lauten ſoll und kann.[866b]) Daraus ergibt ſich, daß der Kläger abgewieſen wird, wenn in irgend einem Punkt, auch im kleinſten, ſein Entwurf nicht ſo gefaßt iſt, wie der Richter nach Prüfung der Sache das Urtheil ſelber entworfen haben würde — die Wirkung der plus petitio im römiſchen Proceß iſt mit jenem Geſichtspunkt nothwendig gegeben. Daraus folgte ferner, daß die Klage in allen Punkten beſtimmt lauten (formula certa), daß ſie alſo den Betrag der Schuld angeben mußte und dieſen Punkt nicht etwa offen laſſen und der Ermittlung des Richters anheim ſtellen durfte, wie dies bei der dem ſpätern Recht angehörigen formula incerta der Fall war. Wie das ältere Recht mit dieſer knappen Form der Klage ausreichen konnte, iſt nicht dieſes Orts anzugeben,[867]) ebenſo wenig wie die weſentlichen Einſchränkungen auszuführen, welche der obige Grundſatz bei den Klagen des neuern Rechts (intentio incerta und formula in factum concepta) erfahren hat.

---

ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet. Denſelben Gedanken, den Liebe ausſpricht, hat jetzt Kretſchmar, Die Natur des Prälegats nach römiſchem Recht. Leipzig, 1874, §. 18, für die Legatsformen verwerthet.

866b) S. auch B. 3. S. 22. Derſelbe Grundſatz gilt auch für die Anklageſchrift in England und Schottland, ſie iſt ſchon als Ausſpruch der Jury formulirt, d. h. auf Schuldig oder Nichtſchuldig geſtellt, in jus concipirt ganz wie die römiſche intentio certa auf „rem ejus, jus ei esse, centum dare oportere“. Auch in Frankreich nahm man dieſe Faſſung an, ja der art. 237 des code d'instruction criminelle ſchrieb dieſelbe ſogar wörtlich vor: l'accusé est-il coupable d'avoir commis tel meurtre etc.? S. darüber Glaſer, die Fragſtellung im Schwurgerichtsverfahren, Wien 1863.

867) S. darüber B. 3 S. 56 Note 43 (act. furti nicht auf das „dare“ einer beſtimmten Summe, ſondern auf „pro fure damnum decidere oportere“ geſtellt) S. 70 fl. (Präjudicialklagen über den Betrag der Gegenforderung).

4. Correſpondenz zwiſchen der Legisactio und den Worten des Geſetzes.

Unter allen Anwendungsfällen unſeres Grundſatzes nimmt dieſer weitaus die erſte Stelle ein. Den einzelnen Legisactionen ſind wir früher ſchon mehrfach begegnet (B. 1 S. 150—164, S. 298—307 und oben S. 405); was uns bisher noch fehlt, iſt die allgemeine Theorie derſelben, und ich habe keine paſſendere Stelle, ſie einzuſchalten gefunden als die gegenwärtige Gelegenheit, welche uns gerade auf denjenigen Geſichtspunkt geführt hat, der für die ganze Geſtaltung und Handhabung der Legisactionen der maßgebende geweſen iſt, ich meine den formellen oder morphologiſchen: die Correſpondenz der legis actio mit den Worten des Geſetzes.

Allgemeine Charakteriſtik der Legisactionen. — Das Geſetz der Correſpondenz der Form. — Citirmethode — äußere Ausdehnung der legis actio. — Praktiſche Würdigung und hiſtoriſche Bedeutung der Legisactionen.

Ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur.
Gajus IV, 11.

XLVII[c]. Ich beginne mit dem Bericht des Gajus.[869]) Die Klagen, deren ſich die Alten bedient, ſagt er, ſeien legis actiones[870]) genannt worden, entweder aus dem Grunde, weil damals die Klagen[871]) ausſchließlich durch die Geſetze, nicht, wie

869) Gaj. IV, 11, 30.

870) Der Ausdruck: actio, agere hatte urſprünglich weder eine vorwiegend proceſſualiſche Bedeutung — auch die Geſchäftsformulare hießen actiones II, S. 300 — noch die des Handelns im Gegenſatz zum Sprechen. Varro de ling. lat. (Müller) VI §. 42 . . et cum pronuntiamus, agimus. Itaque ab eo orator agere causam et augures augurium agere dicuntur, quum in eo plura dicant, quam faciant, ſ. auch §. 77, 78 ibid.

871) Nämlich die materiellen Klagrechte, nicht die Formeln (wie Keller Röm. Civilproc. §. 12 Gajus verſteht). Daß die alten Geſetze Klagformeln aufgeſtellt, iſt nicht einmal für einen einzigen Fall, geſchweige als

ſpäter, auch durch die prätoriſchen Edicte gewährt worden ſeien, oder darum — und daß dieſe Erklärung die allein richtige iſt, wird der Verfolg der Darſtellung lehren — weil die Klagformeln den Worten der Geſetze nachgebildet geweſen ſeien.[872] Unabänderlich wie die Geſetze ſelbſt hätten ſie zur Anwendung gebracht werden müſſen, und daher habe ein Kläger, der wegen abgeſchnittener Weinreben geklagt und ſich dabei des Wortes vitibus ſtatt des in dem XII Tafeln-Geſetz gebrauchten arboribus bedient habe, den Proceß verloren. Eben dieſe Strenge, bei der das geringſte Verſehen den Verluſt des ganzen Proceſſes nach ſich gezogen, habe ſpäter dieſe Form des Verfahrens in Mißcredit gebracht und zur Einführung einer neuen, des Formularverfahrens geführt.

So weit Gajus. Das formgebende Moment der legis actio lag demnach in der Correſpondenz der Formel mit den Worten des durch ſie zur Anwendung gebrachten Geſetzes,[873]

---

allgemeine Einrichtung bezeugt, im Gegentheil heißt es: ex his legibus actiones compositae sunt L. 2 §. 6 de O. J. (1. 2).

872) Eine dritte Deutung iſt die im Widerſpruch mit Gajus aufgeſtellte von Schmidt de orig. leg. act. Frib. 1857 p. 6. Sie iſt um nichts beſſer als die Idee, der zu Liebe ſie erfunden (ſ. u.) Lex ſoll „Spruch" bedeuten, legis actiones ſeien „actiones formulis dicendis peragendae" geweſen. Ganz abgeſehen davon, daß lex nie dieſe Bedeutung hat (der alte Ausdruck iſt carmen), ſo gibt dieſe Deutung gerade das Charakteriſtiſche und Treffende des Ausdrucks auf, um dafür einen Sinn einzutauſchen, in dem derſelbe eben ſo gut auf alle möglichen Formulare und Formeln paſſen würde. Warum kommt denn der Ausdruck legis actiones niemals in Anwendung auf letztere vor? Durch „Spruch" wurden auch ſie vollzogen, und „actiones" ſchlechthin werden auch ſie genannt (ſ. Note 870). Das „lege agere" wird auch vom Lictor gebraucht (z. B. Liv. 26, 16 Lictor . . adde virgas et in eum primum lege age), bei einem „Spruch" ließ er es aber nicht bewenden!

873) Dieſe Uebereinſtimmung erſtreckte ſich auch auf die Namen der Klage, z. B. act. de tigno juncto, membro rupto, glande legenda, arborum furtim caesarum. Der Name der Klage begründet daher einen Schluß auf die im Geſetz gebrauchten Ausdrücke, ſo z. B. der der actio aquae pluviae arcendae.

eine Abweichung davon mußte und konnte daher an einer andern Stelle von ihm mit Recht als eine Singularität bezeichnet werden.[873a]) Es läge nun sehr nahe, die Richtigkeit seiner Angabe an einem Vergleich der uns erhaltenen Worte der Gesetze und Formeln zu erproben, allein leider hat es sich so gefügt, daß in den meisten Fällen, wo uns die Worte des Gesetzes, nicht die Formeln, und umgekehrt wo letztere, uns jene nicht erhalten sind. Nichts desto weniger hat mir die Vergleichung der XII Tafeln-Fragmente eine Ausbeute gewährt, die wenn auch in quantitativer Beziehung höchst dürftig, sich doch in doppelter Weise für die Theorie der Legisactionen mit Erfolg verwerthen läßt. In der einen Richtung kann es erst unten geschehen, in der andern ist hier der Ort dazu.

Es liegt der Gedanke nahe, daß die alten Juristen sich in derselben Weise, wie bei der Construction der Formeln der Legisactionen, so auch bei der der Rechtsgeschäfte der Worte, mit denen das Gesetz letztere erwähnte, bedient haben. Diese Muthmaßung wird jedoch durch jene Vergleichung ausgeschlossen. Die Nachbildung des Gesetzes beschränkte sich ausschließlich auf die Klagen, und diese Antwort ist für die Erkenntniß des wahren Wesens der Legisactionen höchst fruchtbar. Zu den Geschäften, für die uns noch die betreffenden Worte der XII Tafeln erhalten sind, gehören insbesondere die Mancipation, der Verkauf des Hausſohnes, das Testament. Hätten die Juristen es *gewollt*, wie leicht hätten sie die entscheidenden Worte (mancipium facere — filium venundare — legare super pecunia tutelave suae rei) in der Formel anbringen können. Daß es nicht geschehen, kann nicht Zufall sein, sondern es kann nur darin seinen Grund gehabt haben, daß der Gedanke der Correspondenz der Formel mit dem Gesetz in ihren Augen in einer innern und ausschließlichen Beziehung zu den *processualischen* Handlungen stand.

873a) Gaj. IV, 24 . . nec me praeterit in forma legis Furiae testamentariae *pro judicato* verbum inseri, cum in ipsa lege non sit, quod videtur nulla ratione factum.

Worin bestand diese Beziehung?

Wir haben die Antwort schon halb gegeben, wenn wir das eigenthümliche Wesen der Form der Legisactionen selbst richtig definiren. Dies ist mit einem Wort geschehen: die Legisactionen enthielten eine eigenthümliche Gestaltung der Citirmethode des Gesetzes. Jede Legis Actio citirte das Gesetz, welches sie zur Anwendung zu bringen beabsichtigte, aber nicht in der dürren, abstracten, modernen Form einer bloßen Verweisung auf den Paragraphen oder den Artikel des Gesetzbuchs oder auch in der breiteren Form einer Anführung der betreffenden Worte, sondern in einer mehr innerlichen plastischeren Weise.[874]) Die Formel selbst war das Citat, sie verwies auf das Gesetz, ohne es zu nennen,

874) Dieselbe wiederholt sich bis zu einem gewissen Grade auch im englischen Proceß, der demnach Legisactionen im römischen Sinn kennt (über den Geist, in dem sie auch hier gehandhabt werden, s. Note 893). Ich entnehme aus Gundermann, Englisches Privatrecht I., S. 31 folgende instructive Stelle von Bracton: Et sunt quaedam brevia formata super certis casibus de cursu et communi consilio totius regni concessa et approbata, quae quidem nullatenus mutari poterint absque consensu et voluntate eorum . . . Tot erunt formulae brevium quot sunt genera actionum et non potest quis sine brevi agere, cum non teneatur alius sine brevi respondere. Nach de Lolme, Verfassung von England (Uebers. Altona 1819 S. 122) würde sogar früherhin in England ein ähnliches Depot für die Klagformeln bestanden haben, wie einst in Rom bei dem Pontificalcollegium: „Diese kostbaren Writs endlich, die Briefs [Auszüge, brevia], wie sie auch vorzugsweise genannt werden, die in Form und Richtung genau bestimmten Klagen, das Elixir und die Quintessenz des Rechts sind der besondern Sorge eigends dazu angestellter Beamten übergeben worden, deren Aemter von den besondern Gefäßen den Namen erhalten, die sie zur Aufbewahrung des ihnen anvertrauten Pfandes gebrauchen. Das eine heißt nämlich das Hanaper- (Janaperium = Korb), das andere das Schmal (Petty) - Bag Amt (parva baga = kleiner Sack, Beutel). Hier werden die Writs aufbewahrt, welche des Königs, dort die, welche der Unterthanen Interessen betreffen." Heutzutage geändert: Gneist, Das heut. engl. Verf.- und Verwaltungsrecht B. 1 S. 522, der auch im Uebrigen etwas abweicht. Auch im französischen Strafproceß muß die Frage mit den Worten des Gesetzes gefaßt werden. Glaser in der Note 866b citirten Schrift S. 36, 38.

sie verwies darauf durch sich selbst, durch ihre Fassung und Substanz, sie war, so zu sagen, die processualische Incarnation des Gesetzes, das Gesetz selbst, welches concrete Gestalt und Leben angenommen hatte und gegen den Uebertreter in's Feld rückte (gewissermaßen eine actio legis im subjectivgenitivischen Sinne).

Kehren wir jetzt zu der obigen Frage zurück: warum citirte man das Gesetz nur bei der Klage, nicht auch beim Rechtsgeschäft? so kann die Antwort darauf nicht schwer fallen. Allerdings bildet das Gesetz für beide die gleichmäßige Grundlage, allein die Veranlassung, diese Grundlage in Bezug zu nehmen, war bei beiden nicht dieselbe. Welchen Sinn hätte es bei der Bestimmung eines Contracts oder Testaments gehabt auf den Paragraphen des Gesetzes zu verweisen? Gar keinen, wenn dieselbe überhaupt nicht Gegenstand eines Rechtsstreites ward; im entgegengesetzten Fall war es immer noch früh genug es vor dem Richter zu thun. Im Proceß, wo es sich um die endgültige Feststellung des Rechtsverhältnisses, die schließliche Auseinandersetzung mit dem Gesetz handelt, ist auch heutzutage sowohl in den Parteischriften als in den richterlichen Erlassen die Bezugnahme auf das Gesetz häufig gar nicht zu umgehen, kurz für den Proceß ist sie ebenso sachgemäß wie für das Rechtsgeschäft zwecklos.

Manche Rechte haben nun diese Sitte geradezu zum Gesetz erhoben; so das altrömische Recht rücksichtlich der Civilklage; ebenso das neuere römische Kriminalrecht der leges judiciorum publicorum,[874a]) und manche neuere Strafproceßordnungen rücksichtlich der Anklageakte und des Urtheils. Das Citat ist damit zu einem formellen Requisit des betreffenden processualischen Akts erklärt. Scheinbar eine äußerliche Bestimmung von geringem Belang, ist dieselbe, wie ich unten nachzuweisen hoffe, in Wirklichkeit eine Maßregel von äußerster Tragweite.

874a) A. W. Zumpt, Der Kriminalproceß der römischen Republik, Leipzig 1871. S. 115.

Der Zweck derselben ist offenbar der, den Richter streng an die Richtschnur des Gesetzes zu binden. Dies liegt zwar schon an sich in dem Begriff des Gesetzes, allein es läßt sich nicht läugnen, daß jene Maßregel die Erreichung dieses Zwecks im hohen Maße fördert, daß sie den Richter, wie einerseits zur Klarheit, so andererseits bis zu einem gewissen Grade mechanisch zur Unparteilichkeit zwingt. Wie aber, wenn das Gesetz Lücken darbietet? Die Consequenz der Einrichtung bringt es mit sich, daß der Richter dann seine Hülfe versagen muß, und wir werden unten sehen, daß das ältere römische Recht (ähnlich wie das altenglische, Note 874) den Muth gehabt hat, sich diese Consequenz gefallen zu lassen.

Im altrömischen Proceß stützte sich zwar die Einrichtung schwerlich auf eine gesetzliche Vorschrift, sondern sie war eine Thatsache des Gewohnheitsrechts. Dies schließt jedoch die Annahme nicht aus, daß sie auch hier bestimmt war, den obigen Zweck zu erreichen. War es doch gerade die Tendenz des Legalismus, die nach Darstellung der Römer die Zeit, in welche die Entstehung der Legisactionen fällt, erfüllte und die XII Tafeln in's Leben gerufen hatte.[875] Die Jurisprudenz, indem sie mittelst der legis actio die Berufung auf das Gesetz zum formellen Requisit der Klage erhob, gehorchte damit nur dem Zuge, der die ganze Zeit beherrschte, sie vervollständigte und befestigte nur, was die XII Tafeln begonnen hatten.[876]

Haben wir hierin das Richtige getroffen, so ergibt sich daraus von selbst, daß dies Requisit sich auf alle und jede Klagen erstreckte, sich also nicht bloß auf die von Gajus genannten fünf Grundformen des alten Verfahrens (modi, quibus lege agebatur) beschränkte, m. a. W. daß die rechtliche Verfolgbarkeit eines Anspruches die Anerkennung desselben im Gesetz zu seiner

875) L. 2 §. 4 de O. J. (1. 2) verglichen mit §. 3 ibid.: incerto magis jure et consuetudine, quam per legem latam — postea ne diutius hoc fieret . . . et civitas fundaretur legibus.

876) L. 2 §. 6 ibid. quas actiones, ne populus prout vellet instituerent, certas solennesque esse voluerunt.

Voraussetzung hatte. Wenn also Gajus von der legis actio sacramento bemerkt,[877]) sie sei eine generelle Klage gewesen, deren man sich überall habe bedienen können, wo nicht das Gegentheil bestimmt gewesen sei, so ist diese ihre allgemeine Anwendbarkeit nur auf die Form des Verfahrens zu beziehen. Eine bloße processualische Einkleidungsform, setzte sie wie die übrigen vier Formeln in jedem einzelnen Fall einen vom Gesetz anerkannten materiellen Anspruch, also eine specielle Legisactio, wie ich ihn nennen will, voraus. Als Beispiel diene der oben (S. 632) erwähnte Fall der actio de arboribus succisis. Das ganze System der Legisactionen löste sich demgemäß von jenen fünf Grundformen abgesehen in eine Anzahl einzelner Klagen auf, die, so zu sagen, dem Richter zum Vertrieb übergeben waren. Darüber hinaus hörte seine Macht auf, — er führte nicht den Artikel: Rechtsschutz im allgemeinen, sondern nur ein bestimmtes Sortiment einzelner Species. Wer eine andere Klage hätte anstellen oder begehren wollen, den würde er ebenso haben abweisen müssen, wie ein Kaufmann, bei dem ein Artikel begehrt wird, den er nicht führt. Nulla actio sine lege!

Verhielt es sich in dieser Weise, so kann die Zahl der Legis Actionen keine unbeträchtliche gewesen sein, und dieser Schluß und damit die Richtigkeit des so eben Behaupteten wird durch alle Nachrichten in übereinstimmender Weise bestätigt. Wie wären Sammlungen, wie die oben S. 600 genannten möglich gewesen, wenn die Formeln sich auf die fünf Legis-Actionen des Gajus beschränkt hätten? Wie vertrüge sich damit die Nachricht (S. 393), daß das Depot derselben beim Pontificalcollegium, und eben dadurch das Volk von letzterem in Abhängigkeit gewesen? oder, was Cicero berichtet:[878]) daß diese Formeln interessante Einblicke in Leben und Weise der Vorzeit gewährt hätten? oder die von Gajus dem alten Verfahren zur Last gelegte hohe Gefährlichkeit?

877) Gaj. IV, 13.
878) Cic. de orat I, 43.

Die wenigen Formeln der fünf Legis Actionen des Gajus schlossen in dem Maße weder die Möglichkeit des einen noch die des andern in sich.

Die Zahl der Legis Actionen war eine eben so große als die der Gesetze oder richtiger der einzelnen Artikel des Gesetzes, welche einen selbständigen Rechtsanspruch gewährten.[879] Jedem Satz der XII Tafeln, der sich dazu eignete, entsprach eine eigene legis actio, zur vollständigen Bearbeitung des Gesetzes gehörte daher neben der Interpretation auch noch die Angabe der Klagformeln, wie denn z. B. die älteste juristische Schrift, von der wir Kunde haben, der Zwölftafeln-Kommentar des Aelius, wirklich in dieser Weise angelegt war.[880]

Es war im bisherigen ausschließlich von der Erhebung der *Klage* die Rede. Daß auch das fernere Verfahren, das sich an die Klagerhebung anschloß, neben dem Raum, den es nothwendigerweise der freien Verhandlung gewähren mußte (S. 585), verschiedentlich zum Gebrauch von Formeln führte, z. B. bei der Bestellung des Richters, des Vindex, Vas, beim Richterspruch (Note 821) u. s. w. wird schwerlich bezweifelt werden. Dagegen öffnete sich für die legis actio noch ein anderes Gebiet *außerhalb des Processes*. Ich meine nicht sowohl die freiwillige Gerichtsbarkeit (in jure cessio), denn bei ihr handelte es sich nur um eine andere *Anwendung* processualischer Formeln, sondern die solennen, *außergerichtlichen* Handlungen, welche

879) L. 2 §. 6 de O. J. (1. 2) ex his legibus . . actiones compositae sunt.

880) Die Tripartita des Aelius (L. 2 §. 38 de O. J.); man hat aus ihr seltsamer Weise ein Werk in drei Büchern gemacht, in deren erstem der Verf. die ganzen XII Tafeln abgeschrieben hätte! Tripartitum heißt aber hier nicht dreitheilig, sondern dreischichtig, drei *Bestandtheile* umfassend wie in §. 4 I. de jure nat. (1. 1), d. h. jedem einzelnen Artikel des Gesetzes wird die interpretatio und legis actio angeschlossen. Die drei Bestandtheile sind in L. 2 §. 6 ibid. (tria haec jura) genannt. — Das Richtige hat *Rudorff* Röm. Rechtsgeschichte B. 1 S. 158.

das gerichtliche Verfahren theils ergänzten, vorbereiteten und begleiteten, theils völlig erſetzten.

Ueber das wahre Verhältniß derſelben hat das Mißverſtändniß der in der Note mitgetheilten Stelle von Gajus [881]) manche Rechtshiſtoriker getäuſcht. Aus dieſer Stelle geht zunächſt ſoviel hervor, daß die Vornahme vor Gericht nicht zum Begriff der legis actio gehörte. Zwar gab es unter den römiſchen Juriſten eine Minderzahl, welche (vielleicht verleitet durch die Bedeutung des Ausdrucks actio im ſpätern Proceß) dieſes Moment für weſentlich und demgemäß die pignoris capio für keine legis actio erklärte, allein die entgegengeſetzte Meinung war die herrſchende. [881a]) Im Geiſt dieſer letzteren würde die Definition einer legis actio lauten: eine vom Geſetz anerkannte (1) und mit den Worten desſelben vollzogene (2) Handlung zum Zweck der Rechtsverfolgung (3). Unter dieſen Begriff aber fallen außer der pign. capio, wie unten gezeigt werden ſoll, noch manche andere Handlungen.

Wenn nun Gajus die pign. capio zu den „übrigen Legis Actionen" (d. h. den vier vorher von ihm behandelten) dadurch in Gegenſatz ſtellt, daß man ſich der letzteren nur vor Gericht bedienen könne, der erſteren aber auch außer Gericht, ſo hat man dieſe Aeußerung in der Weiſe mißverſtanden, als ob bei jenen alle Handlungen im Legisactionenproceß vor Gericht geſpielt hätten.

Ich nehme keinen Anſtand, dieſe Anſicht, ſo allgemein ver-

881) Gaj. IV, 29. Ex omnibus autem istis causis certis verbis pignus capiebatur et ob id plerisque placebat, hanc quoque actionem legis actionem esse, quibusdam autem non placebat, primum quod pignoris capio extra jus peragebatur i. e. non apud Praetorem, plerumque etiam absente adversario, cum alioquin ceteris actionibus non aliter uti possent quam apud Praetorem praesente adversario, praeterea nefasto quoque die i. e. quo non licebat lege agere, pignus capi poterat.

881a) Daß beide Anſichten etwas für ſich hatten, darüber ſ. meine in der zweiten Aufl. des erſten Bandes neu hinzugekommenen Ausführungen über die pign. capio, B. 1 S. 158 ff. daſelbſt.

breitet ſie auch iſt, für entſchieden falſch zu erklären. Die manus injectio und der ihr entgegentretende Widerſtand (das manum sibi depellere), die in jus vocatio und der ſpätere Scheinkampf bei der Vindication unbeweglicher Sachen fanden zweifellos außerhalb der Gerichtsſtätte Statt, und ſo gab es gewiß noch manche außergerichtliche Akte. Gajus hätte die gröbſte Unwahrheit behauptet, wenn er die Regel (IV 29), daß alle „legis actiones" mit Ausnahme der pign. capio vor Gericht ſpielten, auf die einzelnen proceſſualiſchen *Handlungen* hätte beziehen wollen, ſie bezog ſich lediglich auf die Grundformen des Verfahrens (modi, quibus lege agebatur, Gaj. IV 12). Bei vier derſelben galt ſie, bei ihnen gelangte der Rechtsanſpruch, wenn auch vorbereitende außergerichtliche Handlungen (in jus vocatio, manus injectio, condictio ſ. u.) ſeiner Erhebung vorausgehen konnten, doch vor Gericht, erſt damit ward er anhängig. Die pign. capio dagegen brachte den Anſpruch nicht vor Gericht, und *dieſer* Umſtand, nicht der, daß hier ein einzelner Akt außergerichtlich vorgenommen ward, begründete ihre Abweichung von den übrigen vier Proceßarten. Aber wie konnte man ſie zu den *Proceßarten* rechnen, wenn ſie nichts war als ein Akt außergerichtlicher Selbſthülfe? Mit demſelben Recht hätte man auch die Tödtung des nächtlichen Diebes hierher rechnen können, da auch ſie ein „lege agere" (Note 872 a. E.) enthielt. Die Antwort darauf habe ich an früherer Stelle (B. 1 § 11[c]) gegeben. Die pign. cap. *konnte* zu einem Proceß führen, wenn nämlich der Gepfändete ſich nicht bei der Pfändung beruhigte, dann entſpann ſich ein eigenthümliches auf die Impugnation und Juſtification dieſes Aktes berechnetes Verfahren und dieſes *Verfahren*, nicht den einzelnen *Akt*, der zu demſelben Anlaß gab, hatten diejenigen Juriſten im Auge, welche die leg. act. per pig. cap. zu den Proceßarten zählten, während die Vertheidiger der entgegengeſetzten Anſicht für ſich den Umſtand in die Wagſchale warfen, nicht daß jener *Akt* allein ein außergerichtlicher war, ſondern daß die ganze Angelegenheit einen außergerichtlichen *Verlauf*

nehmen konnte, indem der Gepfändete sich bei der Pfändung beruhigte und die Sache einlöste. Das Resultat, zu dem ich gelange, besteht mithin darin, daß das für den Legisactionenproceß betonte Erforderniß: apud praetorem praesente adversario (Gaj. IV 29) sich nur auf die Erhebung des Processes bezog, nicht aber auf alle einzelnen Akte, die demselben vorangingen oder ihn begleiteten. Auch der französische Proceß erfordert außergerichtliche Verhandlungen, aber wer würde darum Anstand nehmen, ihn ein gerichtliches Verfahren zu nennen?

Ob nun die außergewöhnlichen Akte im Legisactionenproceß „legis actiones" genannt worden sind, soll uns vorläufig nicht kümmern, es genügt uns zunächst zu constatiren einmal: daß sie in der That vorkamen und zweitens: daß sie die oben angegebenen wesentlichen Kriterien des Begriffs der legis actio theilten, d. h. daß der Grundsatz der Correspondenz zwischen der Formel und dem Gesetz auch bei ihnen Anwendung fand.

Derartiger außergerichtlicher Akte gab es drei Klassen; sie griffen Platz: 1) anstatt des Processes, 2) beim Beginn und 3) im Lauf des Processes.

Zu der ersten Kategorie gehörte die so eben erörterte pign. cap., wenn sie nicht zu einem weiteren Verfahren führte. Zu der zweiten zähle ich 1) die in jus vocatio; 2) die an sie im Fall des Widerstandes des Gegners sich anschließende manus injectio gegen denselben und 3) die condictio bei der legis actio per condictionem.

Daß der erstere Akt ein außergerichtlicher war, ist bekannt; daß er mit den Worten des Gesetzes erfolgte, zeigt seine Formel, denn die Worte des XII Gesetzes lauteten: si in jus vocat,[882]) die Formel: in juste voco.[883]) In dem Gesetz

882) Die Zeugnisse für dieses und die folgenden Beispiele bei Dirksen Uebersicht u. s. w. der Zwölftafel-Fragmente. Tafel I.

883) Plautus Poen. V, 6, 6: Leno „in jus te voco". Für die in jus vocatio kommen bei den Dichtern noch verschiedene Formeln vor: z. B. ambula in jus, eamus in jus u. a. s. bei Briss, V, 1. Seltsamer Weise

schloß sich daran der Passus; ni it, antestator, der Ausdruck wiederholte sich in der an den Zeugen gerichteten Frage: licet antestari?

Wenn der Gegner sich weigerte zu folgen, so verhängte das Gesetz die manus injectio: Si calvitur pedemve struit, manum endo jacito; die letzten Worte kehren in der Formel dieses Akts wieder: manum endo jacito (injicio).[884] Dieser letztere Akt kam außerdem noch in verschiedenen Anwendungen vor (B. 1 S. 151 fl.), insbesondere zum Zweck der Execution,[885] und der Umstand, daß das Gesetz ihn bei der letzteren Gelegenheit noch besonders erwähnt und zwar als „manus injectio", der das Erscheinen vor Gericht zu folgen habe, ist für die Frage, die uns hier beschäftigt, ungemein wichtig. Ein neuerer Schriftsteller[886] nämlich ist in dem Bestreben, die vermeintliche Autorität des Gajus in der oben (S. 639) angegebenen mißverständlichen Weise aufrecht zu erhalten, so weit gegangen, daß er sich nicht gescheut hat, darauf hin der manus injectio den Charakter einer außergerichtlichen Handlung abzusprechen und namentlich mich wegen der B. 1 S. 152 aufgestellten entgegengesetzten Behauptung hart anzulassen. Ihm zufolge[887] soll die manus

---

hält dieser Schriftsteller diese Formeln für die ächten, dagegen die bei Plautus für unächt. Wenn von Bethmann-Hollweg, Röm. Civilproceß I S. 105 den Beweis für die obige Behauptung vermißt, so fehlt es mir allerdings dafür an einem Beweise, daß die in jus vocatio „legis actio" genannt sei, dagegen stimmt die obige Formel bei Plautus wörtlich mit dem Gesetz überein.

884) So bei Gaj. IV, 24. Manus (durch Studemunds Vergleichung bestätigt) statt manum injicio in §. 21 daselbst ist daher unrichtig. Es ist immer nur die eine Hand, die rechte, welche die rechtlichen Handlungen vollzieht.

885) Tafel III. post deinde manus injectio esto; in jus ducito, ni judicatum facit aut quips endo em jure vindicit, secum ducito.

886) Schmidt von Ilmenau in der Note 872 citirten Schrift.

887) Die im Text in Bezug genommenen Ausführungen von ihm, auf die ich (p. 2) einfach verwiesen werde, um mir dort Raths zu erholen, finden sich in der Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XIV S. 21 u. fl.

injectio ſchlechterdings nur vor Gericht vorgenommen werden können. Allein wie, wenn der Schuldige nicht folgen will? Hier bleibt nichts anderes übrig als Gewalt zu gebrauchen, und das Geſetz ſetzt dem kein Hinderniß in den Weg, im Gegentheil verſtattet es ausdrücklich das „manum injicere“. Allein dieſer Akt, lautet der Einwand, iſt keine „wahre“, keine „eigentliche“ legis actio, denn dieſe muß einmal nach Gajus vor Gericht vollzogen werden. Aber in dem (Note 885 citirten) Satz der XII Tafeln wird doch die „manus injectio“ vor dem „in jus ducito“ erwähnt, ſie muß alſo im Sinn des Geſetzes eine „manus injectio“ ſein, und ich meine, wenn über eine Frage aus den XII Tafeln zwiſchen letzteren und Gajus wirklich ein Widerſpruch obwalten ſollte, ſo müßten ſie doch wohl vorgehen. Für dieſe durch den Zauberſpruch: „uneigentlich“ beſeitigte manus injectio der Decemvirn taucht dagegen die „eigentliche“ unſeres Autors an einer Stelle wieder auf, an der ſie ſchwerlich Jemand ſuchen würde. „Sie liegt, ſagt er, in dem folgenden (den Worten von in jus ducito . . . secum ducito), ohne daß ſie mit dieſem Namen ausdrücklich hier bezeichnet wird.“ Alſo: eine legis actio, d. h. nach Gajus eine „actio ipsarum legum verbis accommodata“ ohne verba legis, ja ohne die leiſeſte Andeutung derſelben im Geſetz, und umgekehrt verba legis, ja die Bezeichnung des Akts als manus injectio, aber keine legis actio! Wir werden wohl thun, dem Verfaſſer ſeine „eigentliche“ legis actio zum ausſchließlichen Privatgebrauch zu überlaſſen und uns an die „uneigentliche“ der Decemvirn und unſerer ſonſtigen Referenten[888]) zu halten, die freilich die Sache ebenſowenig verſtanden haben mögen wie ich.

888) Wie z. B. Liv. III, 44, deſſen Zeugniß der Verfaſſer ebenfalls mit der Formel „uneigentlich“ ſchlägt. Die Stelle von Servius ad Virg. X, 419: manus injectio dicitur, quotiens nulla judicis auctoritate exspectata rem nobis debitam vindicamus würde der Verf., wenn er ſie gekannt hätte, alſo wohl in ähnlicher Weiſe beſeitigt haben.

Die bisherige Unterſuchung hat uns den Weg gebahnt, um eine höchſt glückliche Idee Keller's gegen die Anfechtung deſſelben Schriftſtellers in Schutz zu nehmen.[889]) Keller hat nämlich die Anſicht aufgeſtellt, daß bei der legis actio per condictionem die Ankündigung (condictio) des Klägers an den Beklagten ſich nach dreißig Tagen vor Gericht zur Annahme eines Richters einzufinden, ein außergerichtlicher Akt geweſen ſei. Im Sacramentsproceß kam es ſeit der lex Pinaria nicht ſchon im erſten Termin zur Beſtellung des Judicium, derſelbe ſchloß vielmehr mit der Aufforderung ſich nach dreißig Tagen zu dem letzten Zweck wieder zu ſtellen. Die Einführung der genannten Legisactio überhob die Parteien dieſes erſten läſtigen Erſcheinens vor Gericht, indem ſie eine außergerichtliche Denunciation an deſſen Stelle ſetzte,[890]) und man braucht ſich bloß den Fall zu denken, daß die Parteien einige Tagereiſen von Rom entfernt wohnten, um ſich von dem praktiſchen Werth dieſer Neuerung zu überzeugen. Nach Schmidt hätten dieſelben eine Reiſe nach Rom unternehmen müſſen lediglich zu dem Zweck, damit der Kläger jene Denunciation als „eigentliche" legis actio, d. h. vor Gericht beſchaffe, um nach Ausſprechen der wenigen Worte den Rückmarſch anzutreten und ſodann nach Ablauf der dreißig Tage ſich zur wirklichen Verhandlung der Sache von neuem einzufinden! Nach

889) Keller, Der römiſche Civilproc. §. 18. Schmidt p. 2 der citirten Schrift. Gegen die Keller'ſche Anſicht haben ſich ſeitdem noch erklärt Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 152, Demelius, Krit. Zeitſch. VIII S. 508 fl., Huſchke, Die Multa und das Sacramentum, S. 490 Note 379; der entſcheidenden Frage, ob das Requiſit der Gerichtlichkeit des Verfahrens ſich auf alle einzelnen Akte erſtreckt habe, ſind ſie alle aus dem Wege gegangen.

890) Alſo eine ähnliche Erleichterung wie ſie ſpäter bei dem Holen der Vindicien eintrat. Der Einwand von Schmidt, daß Gaj. IV, 18 bei „ut adesset" nicht „in jure" hinzufüge, erledigt ſich durch die Bemerkung, erſtens, daß Gajus hier nicht die Formel der condictio mittheilt, und zweitens, daß ein vernünftiger Menſch ſich „ad judicem capiendum" ſchwerlich irgendwo anders einfinden konnte als vor dem Prätor.

Keller konnten sie ruhig zu Hause bleiben und sich mit einer außergerichtlichen condictio zu begnügen.

Durfte Gajus das Verfahren, das in dieser Weise eingeleitet ward, als ein gerichtliches bezeichnen? Ich meine, mit demselben Recht wie, um von der streitigen pign. cap. abzusehen, das bei der legis actio sacramento und per manus injectionem. Auch sie begannen mit einem außergerichtlichen Akt, jene mit der in jus vocatio, diese mit der außergerichtlichen manus injectio.

Daß selbst der Lauf des Processes außergerichtliche Handlungen nicht ausschloß, dafür liefert das manum conserere in seiner spätern Gestalt (S. 574) den Beweis. Auch hier wiederholt sich die Correspondenz zwischen den Worten des Gesetzes und denen der Formel. Jene lauteten: si qui in jure manum conserunt, diese mit Beibehaltung derselben Reihenfolge der Worte: in jure manum[891] consertum te voco. Als der Akt ein außergerichtlicher ward, veränderte man das in jure in ex jure (Note 783).

Ob nun diese außergerichtlichen Handlungen legis actiones genannt sind, daran, gestehe ich gern, liegt mir nichts. Der Sache nach waren sie es, d. h. auch sie waren rechtsverfolgende Handlungen und gehorchten dem Gesetz der Correspondenz, und für zwei: die pign. capio und manus injectio steht auch der Name außer Zweifel. Da letzterer sich, wie oben nachgewiesen, nicht auf die fünf Grundformen beschränkte, sondern auch für die einzelnen speciellen Klagen gebraucht ward, so glaube ich allerdings, daß er eben so gut auf die einzelnen solennen Akte des alten Verfahrens angewandt worden ist, mochten sie vor oder außer Gericht vorgenommen werden.[892])

Die strenge Durchführung des Grundsatzes: Nulla actio sine lege setzte der Rechtshülfe in alter Zeit enge Gränzen, und

891) Manu consertum bei Cic. pro Mur. c. 12 ist als Verstoß gegen das Princip der legis actio falsch.

892) Varro de L. L. VI, 30 necesse enim aliquo eorum uti verbo,

es kann uns nicht Wunder nehmen, daß der Geiſt der ſpätern Zeit, die Entwicklung des Verkehrs und die Verfeinerung des Rechtsgefühls ſich gegen die Beibehaltung einer Einrichtung ſträubte, welche das wirkliche Recht in manchen Fällen ſchutzlos ließ und den Magiſtrat zur Rolle eines willen- und machtloſen Stückes einer unlenkbaren Proceßmaſchinerie verdammte. Nicht aber dieſer, gerade dem Legisactionenproceß von allen Theilen des Formalismus allein eigenthümliche Mangel ſeiner ſtarren Anklammerung an das Geſetz, ſeiner Unzugänglichkeit gegen alle andern Einflüſſe ſoll es geweſen ſein, was nach Gajus ſeinen Untergang bewirkt hat, ſondern eine Eigenſchaft, die er mit allen übrigen Ausflüſſen des Formalismus theilte, und die ſich nicht bloß bei letzteren noch Jahrhunderte lang erhielt, ſondern die auch in der modernen Form des Proceſſes, dem Formularproceß, mit unverminderter Kraft wieder zur Geltung gelangte, nämlich die ſtrenge Handhabung der Form.[892a]) Die Glaubwürdigkeit dieſes Berichts iſt meines Wiſſens bisher nicht angefochten, ich meinerſeits aber kann meine Bedenken dagegen nicht unterdrücken; es will mir ſcheinen, als ob das Urtheil des Gajus weniger vom Standpunkt der alten als der ſpätern Zeit aus gefällt worden ſei.

Es iſt in dem Begriff der Form mit Nothwendigkeit gelegen, daß die geringſte Abweichung von der Form einen Formfehler und damit Nichtigkeit begründet (S. 473). Das gilt heutzutage nicht minder als im alten Rom. Was dort z. B. die Vertauſchung des Wortes: arboribus mit vitibus, würde heutzutage

(do, dico, addico), cum lege quid peragitur dürfte ſchwerlich in's Gewicht fallen; ſ. dagegen Gaj. IV, 29; eher für die obige Anſicht, daß Valerius Probus de notis §. 4 unter der Ueberſchrift; „in legis actionibus haec" Sigeln für einzelne proceſſualiſche Handlungen z. B. das ex jure manum consertum vocare anführt.

892a) Gaj. IV, 30. Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt, namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc jura condiderunt, eo res perducta est, ut qui vel minimum errasset, litem perderet.

bei Ausstellung eines Wechsels die des Wortes: „Wechsel" oder bei Ableistung eines Eides die der Worte: „ich gelobe und schwöre", mit andern Ausdrücken bewirken. Was Gajus der legis actio zur Last legt: ,,ut qui vel minimum errasset, litem perderet" paßt mutatis mutandis auf jedes formelle Geschäft — der Formalismus kennt keinen Unterschied zwischen sehr geringen, geringen und groben Versehen. Gehen wir aber davon aus, daß die legis actio ihrer Bestimmung nach in einem eigenthümlichen rechtlich nothwendigen Citiren der Gesetzesworte bestand, so werden wir auch das Verlangen der diplomatischen Genauigkeit des Citats (d. h. also die wörtliche Wiedergabe der Formel) durchaus nicht für eine übertriebene Strenge halten können. Wir machen heutzutage an Jemanden, der uns einen Satz aus einem Gesetz citirt, ganz dieselbe Anforderung![893])

---

893) Für diejenigen, die geneigt sein möchten, diese Strenge für etwas specifisch römisches zu halten, will ich ein Beispiel aus dem englischen Recht anführen, das dem von Gajus IV, 11 ebenbürtig zur Seite steht, wenn nicht gar dasselbe noch übertrifft. Eine Parlamentsakte verbietet das Schenken geistiger Getränke am ,,Lordsday" (Sonntag). Ein Contravenient ward noch vor einigen Jahren bloß aus dem Grunde frei gesprochen, weil das Denunciations- oder Anklagelibell ihn beschuldigt hatte, am ,,Sunday" (ebenfalls Sonntag) geschenkt zu haben — die Klage stimmte nicht mit der lex! Nach einer alten Parlamentsakte sollen sogar orthographische Fehler Nichtigkeit des Urtheils zur Folge gehabt haben. Noch ungleich drastischere Probestücke dieser ,,nimia subtilitas" liefert der altgermanische und altfranzösische Proceß, wofür ich auf die oben Note 464 citirten Schriften von Siegel und Brunner Bezug nehme, s. z. B. in der ersteren Schrift S. 12: „Ein Stottern und Stammeln, wobei Sylben verschluckt wurden, und dann wieder in polternder Rede Worte sich überstürzten, ein Zittern und Beben der Stimme oder gedämpfter hohler Klang derselben, ja sogar eine Unterbrechung durch Räuspern und Husten, kurz was nur Einer dem Andern ablauschte, machte die Erklärung nichtig." S. 27 (eine unwillkürliche Bewegung, ein unbedachter Tritt oder bloßer Schritt benahm die Möglichkeit, das Urtheil zu schelten). S. 30 (wer beim Eide die Hand höher als üblich hielt oder den Daumen nicht fest in die Hand schloß, hatte verloren). S. 44 (verkehrtes Aussprechen des Diphthonges eu als ay), s. insbesondere das Urtheil des Verf. über diese Förmlichkeiten: „Es war, als ob sie eigens ausgedacht wor-

Und daß das Versehen den Verlust des Processes zur Folge hatte, wird uns ebenfalls nicht frappiren können. Bei einem Rechtsgeschäft öffnet sich im Fall eines Versehens der Ausweg einer abermaligen fehlerfreien Vornahme desselben, und bei den bloß vorbereitenden außergerichtlichen Legisactionen z. B. der in jus vocatio mag derselbe vielleicht auch in Rom offen gestanden haben. Daß er bei dem Akt, welcher die Grundlage des ganzen Verfahrens bildete: der materiellen legis actio des Klägers ausgeschlossen war, wird uns nicht Wunder nehmen dürfen, die Natur des Processes bringt dies mit sich. Eine Partei, die im heutigen Proceß ein in verkehrter Weise abgefaßtes Beweisinterlokut hat rechtskräftig werden lassen, kann eben so gut wie im alten Rom wegen eines einzigen Wörtchens den Proceß verlieren — die gefährliche Kraft des Wortes ist geblieben, sie hat sich nur auf einen andern processualischen Akt geworfen (s. u.).

Die „nimia subtilitas" der alten Juristen, die nach Gajus das alte Verfahren verhaßt gemacht und gestürzt haben soll, kann dies also in der That nicht bewirkt haben. Um zu geschweigen, daß dieselbe sich im materiellen Recht nach wie vor in ungeschwächter Kraft behauptete und zwar in einzelnen Theilen z. B. im Testament in einer Zuspitzung, die hinter dem alten Proceß um nichts zurückblieb, so tauchte dieselbe ja auch im Proceß sofort in anderer Form wieder auf. Das formalistische Element des Formularprocesses steht hinter dem des ältern Verfahrens in keiner Weise zurück, weder in extensiver, noch intensiver Hinsicht. Hier wie dort Formeln für jede Klage, hier wie dort als unausbleibliche Folge des kleinsten Formfehlers der Verlust des ganzen Processes. Und sodann: wenn einmal ein solcher Umschwung in der Volksansicht eingetreten, wie Gajus ihn supponirt, warum

---

den wären, um den Mann, der vor Gericht handelte, sicher zu Fall zu bringen, so spitzfindig und ränkevoll war ihre Anlage, so schwierig ihre Ausführung." Die zweitgenannte Schrift steht an lehrreichen Beispielen hinter der erstgenannten nicht zurück, und nur der Raum hält mich ab, auch aus ihr Proben beizufügen.

ließ man das bisherige Verfahren beim Centumviralgerichtshof in alter Weise bestehen?

Was ich zugebe, ist: das alte Verfahren war gefährlicher als das neue, und der Uebergang von dem einen zum andern bezweckte und bezeichnete eine Verminderung der Gefährlichkeit. Aber die Erleichterung lag nicht darin, worein man sie nach dem Bericht des Gajus zu setzen geneigt sein könnte: in einer Abschwächung der Strenge des Formalismus, sondern in einer andern Gestaltung desselben. An die Stelle des Sprechens trat das Schreiben, an die der Partei der Prätor — zwei Veränderungen, auf deren vortheilhaften Einfluß bereits S. 482 hingewiesen ist. Dazu gesellte sich als drittes Moment noch folgendes hinzu. Der gefährlichste Akt des ganzen Processes: die unabänderliche Formulirung des Anspruches ward von dem Anfang des Processes auf einen späteren Zeitpunkt verlegt. Während der alte Proceß mit der Formel begann, ward sie im Formularproceß erst concipirt, nachdem durch erschöpfende Verhandlung der Streitpunkt ins rechte Licht getreten, und dadurch die Gefahr eines Mißgriffs in der Formel ferner gerückt war. Diese Veränderung setzt das Maß des Gefährlichen ungefähr auf denselben Punkt herab, den es in dem Beweisinterlokut unseres heutigen Processes einnimmt.

Ward nun der Untergang des alten Processes lediglich durch die angegebene Rücksicht herbeigeführt? Der alte Proceß litt außer an dem so eben auf sein richtiges Maß zurückgeführten Vorwurf der Gefährlichkeit noch an einem andern Gebrechen, das wenn auch von den Römern selbst mit keiner Silbe erwähnt doch von der Geschichte in unzweifelhafter Weise documentirt ist.[895a])

895a) Hartmann, Ordo Judiciorum B. 1 S. 20—22 hebt außer dem folgenden Gesichtspunkt noch einen wichtigen Vortheil hervor, der sich an die Einführung des Formularprocesses knüpfte. Letzterer, bei dem die maßgebende Thätigkeit des Prätors nicht sowohl im Sprechen (der solennen Worte: do dico addico), als im Schreiben (der Formelworte) bestand, war eben darum nicht an die für das „fari" bestimmte religiöse Ordnung der dies fasti und

Es ſteht unter allen Kundigen feſt, daß mit dem Formularproceß eine neue Aera für das römiſche Recht beginnt — ich meine nicht etwa bloß den Proceß, ſondern auch das materielle Recht. Erſt von dieſem Zeitpunkt an fängt jene Rechtsquelle an zu fließen, die für das ganze Recht eine Quelle neuen Lebens werden ſollte — das prätoriſche Edict.[896]) Es iſt nicht Zufall, daß dies erſt jetzt geſchah; das Legisactionen-Syſtem und das Edict waren unverträglich mit einander. Im alten Proceß waren dem Prätor die Hände gebunden, er war nichts als ein Stück der Maſchine[897]) — er in *ihrer* Gewalt, ſie nicht in der *ſeinigen*; erſt das Formularverfahren gewährte ihm jene Freiheit der Bewegung, die eine weſentliche Bedingung ſeiner rechtsbildneriſchen Thätigkeit war. Nicht viel anders verhält es ſich mit der Jurisprudenz und dem Gewohnheitsrecht; auch ſie waren durch den alten Proceß in enge Gränzen gewieſen. Dieſen beengenden und lähmenden Einfluß des alten Syſtems nachzuweiſen, iſt Gegenſtand der folgenden Darſtellung.

Worauf beruhte er? Nicht bloß auf dem rein proceſſualiſchen Element des alten Verfahrens. Wäre das Princip der Legisactio ein rein proceſſualiſches geweſen, hätte die Gebundenheit und Unfreiheit ſich lediglich in dem Gang und den Formen des Verfahrens geäußert, das materielle Recht würde dadurch in ſeiner Entwickelung nicht in erheblicher Weiſe beeinträchtigt worden ſein. Die durch den Formularproceß ermöglichte Elaſticität des Verfahrens kann mithin nicht die alleinige Urſache des Umſchwunges geweſen ſein. Der drückendſte Uebelſtand des alten Proceſſes lag darin, daß das Princip der Legisactio zugleich ein *materielles*

---

nefasti geknüpft, „die Rechtspflege befreite ſich damit von dem Hemmſchuh, der ihr durch das letztere Syſtem angelegt war."

896) Gaj. IV, 11: quippe tunc edicta Praetoris, quibus complures actiones indroductae sunt, nondum in usu habebantur.

897) Cic. pro Mur. c. 12: Praetor interea, ne pulchrum se ac beatum putaret atque aliquid ipse sua sponte loqueretur, ei quoque carmen compositum est.

war d. h. daß, wie oben nachgewiesen, jeder materielle Anspruch, um gerichtlich verfolgbar zu sein, im Gesetz anerkannt sein mußte, eine Klage nur auf Grund eines *Gesetzes* möglich war. Damit war die Gesetzgebung principiell für die *ausschließliche Quelle aller Klagen* erklärt.

Untersuchen wir, was dies heißen will. Ich habe nicht gesagt, die ausschließliche Quelle des gesammten materiellen *Rechts*, sondern der *Klagen*. Alle Rechtssätze des Privatrechts gravitiren um die *Klage*, allein die Entfernung, in der sie es thun, ist bald eine nähere, bald eine weitere. Gewisse nämlich beziehen sich *unmittelbar* auf das Klagrecht, sie gewähren, normiren, beschränken, versagen dasselbe. Andere influiren nur *mittelbar* auf dasselbe, sie betreffen zunächst Fragen, welche mit der Klage direct nichts gemein haben. Daß der Betrüger dem Betrogenen Schadensersatz leisten soll, ist ein Satz der ersten Art; daß ein wesentlicher Irrthum Nichtigkeit erzeuge, ein Satz der zweiten. Jener findet seinen völlig erschöpfenden Ausdruck in dem Wort und Begriff der actio de dolo, für diesen gebricht es an einer solchen der Klage entnommenen Bezeichnung, und gerade das Dasein oder Fehlen dieser Bezeichnungsweise als actio ist das Kriterium, ob der Rechtssatz der einen oder andern Classe angehört.

Dieser Gegensatz hatte für das ältere Recht die einflußreiche Bedeutung, daß er im Ganzen und Großen die Gränzscheide bestimmte zwischen der rechtsbildenden Gewalt der *Gesetzgebung* auf der einen und der der *Jurisprudenz* und des *Lebens* auf der andern Seite. Das Gebiet des eigentlichen Actionenrechts — die Rechtssätze der ersten Classe — gehörte principiell der Gesetzgebung an, den beiden anderen Gewalten war auf ihn nur ein höchst beschränkter Einfluß beschieden; das andere Gebiet hingegen fiel, wenn auch nicht ausschließlich, so doch vorzugsweise den beiden letztern anheim.

Ob diese Behauptung sich durch directe Aeußerungen unserer Quellen begründen läßt, ist gleichgültig, wenn ihre Richtigkeit

sonst nur thatsächlich erwiesen werden kann. Allein einen gewissen Anhaltspunkt findet sie auch in den Quellen. Pomponius[898]) zerlegt das alte Recht in drei Bestandtheile (tria jura): die Gesetze, die Legisactionen und das jus civile im engern Sinne des Worts, worunter das von den alten Juristen (veteres, qui tunc jura condiderunt) im Anschluß an die Gesetzgebung gebildete Recht zu verstehen ist (S. 467). Letzteres erscheint hier also als etwas außer und neben den Legisactionen befindliches, ungeachtet doch auch letztere der Jurisprudenz ihren Ursprung verdankten und ebenfalls als „jus" (Flavianum, Aelianum) bezeichnet wurden. In Anwendung auf sie kann also die rechtsbildende Thätigkeit der Juristen nicht denselben Charakter an sich getragen, nicht denselben Spielraum gefunden haben, wie innerhalb des jus civile. Diesen Schluß soll uns die folgende Ausführung bewahrheiten.

Ich wende mich zuerst dem jus civile zu und zwar nicht, um die Thatsache der in demselben enthaltenen selbständigen Rechtsbildung zu constatiren — dies ist bereits früher (S. 459) geschehen — sondern um an einigen Beispielen zu zeigen, in welcher Weise und Ausdehnung letztere innerhalb der oben angegebenen Gränzen möglich war, ohne gegen das Princip der legis actio zu verstoßen.

Zu den selbständigen Schöpfungen der alten Jurisprudenz gehörte die Usucapion der Erbschaft als solcher. Indem sie dieselbe einführte, gewährte sie damit mittelbar allerdings eine Klage (die hereditatis petitio), allein unmittelbar ward letztere durch diese Neuerung durchaus nicht berührt, sie blieb, was sie war: ein Schutzmittel des Erben. Nicht sie selbst ward ausgedehnt (vom Erben auf den Nichterben) sondern der Begriff des Erben (auf den Usucapienten).

Ebenso verhält es sich, nur nach entgegengesetzter Seite hin, mit der bereits gelegentlich (S. 464) berührten von der alten

898) L. 2 §. 5, 6 de O. J. (1. 2).

Jurisprudenz vorgenommenen Beschränkung des Intestaterbrechts der Weiber. Dieselbe fand ihren praktischen Ausdruck in der Versagung der Erbschaftsklage, allein ohne daß letztere auch hier durch die Veränderung unmittelbar betroffen worden wäre. Sie ward nicht gewissen Erben *entzogen*, sondern gewisse Personen hörten auf Erben zu *sein*.

Ein drittes Beispiel, das uns die hered. petitio gewährt, besteht in der gewohnheitsrechtlichen Einführung der querela inofficiosi testamenti.[898a]) Letztere war keine neue Klage, sie kleidete sich in die Form der erst genannten, und doch enthielt sie eine der tiefeingreifendsten Neuerungen auf dem Gebiet des Erbrechts.

In derselben Weise, wie die Jurisprudenz in diesen und andern Fällen (z. B. der Einführung des Mancipationstestaments) mit dem Erbrecht die eingreifendsten Veränderungen vornahm, ich möchte sagen: in der Tiefe, im Innern des Instituts — ohne daß dieselben an der Oberfläche der Klage hervortraten, in derselben Weise konnte sie es bei allen andern Instituten. Die rei-vindicatio blieb, was sie war, auch wenn die Jurisprudenz die Lehre von den Eigenthumserwerbsarten, z. B. die Theorie der Usucapion noch so sehr umgestaltete. Die actio confessoria verspürte nichts davon, ob man bei den Servituten die Usucapion ausschloß oder zuließ u. s. w. Nur wenn man sie hätte ausdehnen wollen auf Servituten, die das Gesetz nicht kannte (z. B. die Urbanalservituten der spätern Zeit), würde sich ihre Legisactionen-Natur dagegen gesträubt haben; sie konnte nur lauten auf iter, via, actus, aquaeductus.

Außer den angeführten Rechtssätzen und Maßregeln lassen sich noch eine Menge anderer von tief einschneidender Bedeutung namhaft machen, allein sie alle fügen sich der obigen Formel, unter ihnen befindet sich nicht eine einzige Klage.[899])

898a) Darauf bin ich erst durch Gustav *Hartmann*, Ueber die querela inoff. testamenti. Basel 1864 S. 7 aufmerksam geworden.

899) Ich hebe insbesondere hervor die Umgestaltung des Familienrechts

Die Klage gehört dem Geſetz. Für faſt alle Klagen, die dem ältern Recht entſtammen, läßt ſich dieſe Quelle nachweiſen. So ſparſam die Geſetze aus alter Zeit ſind, welche materielle Beſtimmungen enthalten, ſo zahlreich ſind diejenigen, welche das Klagrecht und die Form des Verfahrens zum Gegenſtand haben. In den wenigen Paragraphen des Gajus über die Legisactionen ſind von der zweiten Claſſe mehr genannt als von der erſten in ſeinen ſämmtlichen vier Büchern zuſammengenommen, [900]) und es möchte in der ganzen römiſchen juriſtiſchen Literatur kein zweites Stück gefunden werden, das auf ſo kleinem Raume ſo oft des Geſetzes gedenkt. [901]) Nur ein einziges Mal wird das Gewohnheitsrecht erwähnt, nämlich bei Gelegenheit der gewiſſer Anſprüche wegen den Soldaten gewohnheitsrechtlich zuſtehenden pignoris capio. [902]) Die darin gelegene Abweichung von unſerm obigen Grundſatz erſcheint minder gering, wenn man bedenkt, daß es ſich hier nicht um eine eigentliche Klage handelt, ſondern nur um die Ausdehnung einer außergerichtlichen legis actio und zwar nicht um die Einführung einer neuen, ſondern die bloße Ausdehnung einer bereits vorhandenen. [903]) Von der Einführung

(Emancipation, Adoption, coemptio fiduciae causa, in jure cessio tutelae), die Einführung der manumissio vindicta, die in jure cessio der hereditas legitima.

900) S. das Verzeichniß der leges in der Lachmann'ſchen Ausgabe, p. 428. Natürlich ſind nur die Geſetze aus der Zeit der Legisactionen gemeint.

901) Des Geſetzes ohne Nennung des Namens: Gaj. IV, 11, 13, 21, 22, 23, 24, 26, 28; mit Nennung: die XII Tafeln IV, 11, 14, 21. 28, lex Pinaria 15, Silia, Calpurnia 19, Publilia, Furia de sponsu 22, Furia testamentaria, Marcia 23, 24, Aebutia und zwei leges Juliae 30, zwei leges, deren Name in der Handſchrift nicht erkennbar (praediatoria?) 25, 28. Wie manche mögen noch in den unleſbaren Theilen der Handſchrift vorgekommen ſein. Jedenfalls iſt nicht zu bezweifeln, daß bei Gajus noch manche fehlen, z. B. die lex Hostilia, pr. I. de iis, per quos (4. 10) u. a.

902) Gaj. IV, 26, 27.

903) Die pign. capio war bereits in den XII Tafeln anerkannt, jene Ausdehnung fällt aber mindeſtens 50 Jahre ſpäter, da ſie die Einführung des Soldes zu ihrer Vorausſetzung hatte.

einer selbständigen Klage durch Gewohnheitsrecht oder Jurisprudenz ist kein Beispiel bekannt.

Ging nun zwar alle selbständige Bewegung und Bildung auf dieser Seite des Rechts ausschließlich von der Gesetzgebung aus, so war damit doch der Jurisprudenz nicht aller und jeder Raum zur Einwirkung verschlossen. Aber der Spielraum war ein enger; er fiel zusammen mit dem der alten Interpretation (S. 455 fl.). Das Wort also mußte man stehen lassen,[904] — darauf war ja die ganze Idee der Legisactionen basirt — allein in und mit dem Wort konnte man in der früher charakterisirten Weise mit großem Erfolg operiren. Auf diesem Wege gelang es denn, ohne Veränderung der Worte manchen Klagen einen weitern, vielleicht auch engern Umfang zu geben, als sie dem Gesetz nach in Anspruch nehmen konnten, so z. B. der actio de tigno juncto, bei der man das Wort tignum, der actio arborum furtim caesarum, bei der man das Wort arbores, der actio de glande legenda, bei der man das Wort glans im weitesten Sinn nahm.[905]

Sehr weit aber reichte dieses Mittel allerdings nicht. Mochte man den Sinn des Worts drehen und wenden wie man wollte, dies hatte doch seine Gränze. Aus dem Worte: in jure beispielsweise konnte man nicht die pure Negation desselben machen, wie dies doch hätte geschehen müssen, wenn man die früher besprochene

---

904) Damit waren die Fictionen ausgeschlossen, deren Gajus darum auch erst bei Gelegenheit des Formularprocesses (IV, 32 und fl.) gedenkt.

905) S. über diese Beispiele L. 1 de tign. junct. (47. 3) L. 3 arb. furt. (47. 7) und oben S. 459. Ein anderes Beispiel (das Wort nocet in der act. aquae pluviae arcendae) S. 460. Ein Beispiel aus späterer Zeit, in dem sich ebenfalls eine große innere Umgestaltung ohne die geringste äußere Aenderung vollzog, gewährt die wechselnde Interpretation der Formelworte: quanti ea res est. Im Sinn des alten Rechts bezogen sie sich auf die objective Aestimation (B. 2 S. 110) L. 193 de V. S. (50. 16) L. 4 §. 11 vi bon. (47. 8), aber die Juristen erstreckten sie auch auf das Interesse, L. 4 §. 7 Damn. inf. (39. 2) L. 68 de R. V. (6. 1), vergl. insbesondere wegen der act. furti L. 50 pr. de furt. (47. 2) mit L. 27, L. 80 §. 1 ibid.

Veränderung in der Vornahme des manum conserere (S. 574) rein auf dem Wege der Interpretation hätte bewerkstelligen wollen. Hier entschloß man sich denn mit dem Princip der legis actio geradezu zu brechen und ein Wort in die Formel zu setzen, das mit der Fassung des Gesetzes in offenem Widerspruch stand. Gajus hat noch einen Fall überliefert;[906] die Art und Weise, wie er sich über ihn äußert, verräth, daß er darin eine große Singularität erblickt.

So setzte also das Legisactionensystem neben dem Spielraum, den es einerseits der freien Rechtsentwicklung gewährte, andererseits doch der Jurisprudenz und dem Prätor eine unübersteigliche Gränze entgegen. Niemand vermochte eine gesetzlich zuständige Klage in ihrem Lauf zu hindern, auch wenn das Resultat im einzelnen Fall mit der wirklichen Intention des Gesetzes und dem natürlichen Rechtsgefühl in noch so grellem Widerspruch stand, Niemand vermochte umgekehrt in einem Fall, in dem das dringendste Bedürfniß und der gerechteste Anspruch auf Hülfe vorhanden war, eine Klage zu gewähren, wenn das Gesetz sie nicht vorgesehen hatte.

Daß das Drückende dieses Zustandes im Lauf der Zeit vom römischen Leben mehr und mehr empfunden werden mußte und wesentlich dazu beigetragen hat, das Ende des Legisactionenprocesses herbeizuführen, dürfte schwerlich einen Widerspruch hervorrufen. Auch England kannte einst ähnliche Zustände — denselben Rigorismus des Gesetzes, denselben eisernen Legalismus — aber auch hier machte das Leben seine Rechte geltend. Dieselbe Erleichterung, die Rom im Formularproceß, suchte England in den Billigkeitsgerichtshöfen (courts of equity),[907] nur haben letztere

906) Gaj. IV, 24 nec me praeterit in forma legis Furiae testamentariae pro judicato verbum inseri, cum in ipsa lege non sit, quod videtur nulla ratione factum.

907) S. die Note 874 citirten Werke von de Lolme, Kap. 11 und Gneist §. 125, außerdem Rüttimann der engl. Civilproceß. Leipzig 1851 §. 8—10, 83.

sich allerdings nie zu der Höhe des rechtsbildnerischen Einflusses erhoben, der dem römischen Prätor beschieden war.

Eine Nachwirkung hat aber den alten Legisactionenproceß noch lange überlebt. Es ist dies jene für den specifischen Charakter der römischen im Gegensatz zu unserer heutigen Jurisprudenz so bestimmende Behandlung und Auffassung der Klage. Es ist schwer, diesen Gegensatz, wie es hier doch geschehen muß, im Vorübergehen mit wenig Worten zu entwickeln; mögen folgende Andeutungen genügen.[907a])

Wenn man die wissenschaftliche Form der Behandlung des römischen Rechts Seitens der römischen und der heutigen Jurisprudenz mit einander vergleicht, so findet man als dominirenden Gesichtspunkt und zwar sowohl für die Behandlung der einzelnen Institute als für die Anordnung des ganzen Systems dort die Klage, hier das Recht. Der römische Jurist beginnt regelmäßig mit der Klage und steigt von ihr rückwärts zu dem Recht hinauf, welches ihre Voraussetzung bildet, der heutige schlägt den gerade entgegengesetzten Weg ein. Dem entsprechend ordnet letzterer das gesammte System nach Gesichtspunkten, die vom Recht hergenommen sind; während die Römer sowohl in ihren legislativen Formulirungen (prätorisches Edict) als in ihren doctrinellen Darstellungen den ganzen Stoff als Theilungsgrund und als leitenden Faden regelmäßig den der Klage benutzen.[907b]) Der römische Ausgangspunkt ist der des unmittelbar praktischen, der heutige der des theoretischen, wissenschaftlichen Interesses.

Wäre dies nun bloß eine Differenz der Ausgangspunkte, bei der man, nur in entgegengesetzter Richtung, ganz denselben Weg zurücklegt, so würde das Interesse derselben lediglich das

907a) Windscheid, Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkt des römischen Rechts. S. 229 ff.

907b) Einen interessanten Beleg dazu s. bei Kretschmar, Die Natur des Prälegats S. 108 u. ff. in Bezug auf die Differenz der römischen Juristen über die genera furtorum (Gaj. III, 183.)

einer ſyſtematiſchen Frage ſein. Allein in der That bedeutet ſie ungleich mehr, nämlich eine höchſt folgenreiche praktiſche Differenz — eine Verſchiedenheit für die Entwickelung des geſammten Rechts ſowohl rückſichtlich der Art und Form, in der, als der Seite, auf der, und der Leichtigkeit, mit der dieſe Entwicklung vor ſich geht. Die Klagen bilden in Rom das Reſervatrecht der Staatsgewalt: des Volks, Senats, Prätors. Auch noch in ſpäterer Zeit gehört die Klage, wenn auch nicht wie einſt der lex (im römiſchen Sinn) ſo doch dem Staat. Das Recht über ſeine Kinder und ſein Haus leitet der Römer nicht vom Staat ab, das hat er von ſich ſelbſt, aber die Klage, den Anſpruch auf Schutz von Seiten des Staats betrachtet er als eine Gabe des letzteren.[907c]) Die Jurisprudenz kann ihm dieſelbe nicht gewähren. Wenn nicht das Volk ſelbſt die Sache in die Hand nimmt, kann und mag die Jurisprudenz als Vertreterin deſſelben den Prätor zwar zur Einführung der Klage drängen, aber ihn nicht erſetzen. Der römiſchen Jurisprudenz war der Prätor unentbehrlich, unſere heutige erſetzt ihn bis zu einem gewiſſen Grade durch ſich ſelbſt. Denn das, wozu jene ihn nöthig hatte, erreicht ſie ſchon durch ſich ſelbſt, der Grund aber, daß ſie es kann, liegt in ihrer Auffaſſung der Klage. Hat ſie nur erſt das Recht gewonnen, iſt ſie alſo im Stande, auf dem Wege der Deduction die innere Nothwendigkeit des letzteren zu erweiſen, ſo verſteht ſich für ſie die Klage von ſelbſt — die Klage iſt ihr eine bloße Conſequenz des Rechts, kein ſelbſtändiger Begriff — wo das Recht materiell einen Anſpruch gewährt, verſteht ſich für uns das Formelle ſeiner Durchführung: Klage und Richter von ſelbſt. Der Rechtsſchutz des Staats erſcheint unſerer heutigen Auffaſſung ſo zu ſagen als die ſelbſtverſtändliche, über allen Rechten ausgebreitete Atmoſphäre, die Lebensluft des Rechts, eine res communis, die allem, was auf dem Boden des Rechts lebt und webt, von ſelbſt zu Gute kommt. Die Klage iſt uns daher nichts als

907c) Cic. pro Caec. c. 26 (II. 61 Note 48).

der Rechtsschutz in besonderer Richtung auf den einzelnen Fall — ein Abstractum, kein Individuum. Den Römern aber ist die Klage ein Individuum. Sie hat ihr bestimmtes Gebiet, ihren bestimmten Begriff, ihren eigenen Namen, ihre eigene Formel und ihre eigenthümliche Geschichte; ihre Entstehung beruht auf einer concreten historischen Thatsache, einem eigenen Einführungsakt. Daher auch das Fortleben des Urhebers der Klage in dem Namen derselben. [908])

Aus dem bloßen Stoff und Material allein, durch bloße Deduction und Abstraction gelangt sie noch nicht zur Existenz, es bedarf des lebenden Odems einer mit schöpferischer Kraft ausgerüsteten Macht, um sie ins Dasein zu rufen — kein römischer Jurist hat eine Klage geschaffen. Erst mit dieser ihrer Geburt ist der Zeitpunkt gekommen, wo die bildenden Mächte des Lebens und der Jurisprudenz: das praktische Bedürfniß, die Consequenz, die Analogie u. s. w. sich an der Klage versuchen können. Aber wie weit auch die Ausdehnung und Umgestaltung, die dadurch der Klage zu Theil wird, sich erstrecken möge, immer bleibt sie ein bestimmt abgegränztes Ding, ein Individuum — sie löst sich nie auf in den Aether des abstrakten Rechtsschutzes.

In gewissem Sinn kann man daher sagen, die Römer kennen nicht die Klage, sondern nur die Klagen, wir umgekehrt keine Klagen, sondern nur die Klage. Die allgemeine Idee des Rechtsschutzes bricht sich im Prisma der römischen Rechtsauffassung in eine Summe einzelner ganz bestimmter Klagen, die sich einfach abzählen lassen.

Die bisher geschilderte, für die ganze Signatur des römischen Rechts so bedeutungsvolle Auffassung der Klage hat nun

908) Die Klagen, deren Ursprung sich in die Vorzeit verliert, tragen ihren Namen nach der Sache z. B. rei vindicatio, actio confessoria, hereditatis petitio, die der spätern Zeit vorzugsweise nach ihrem Urheber z. B. actio Publiciana, Pauliana, Serviana, interdictum Salvianum. Ist es zufällig, daß gewisse Klagen des prätorischen Edicts nach der Person des Prätors genannt sind, andere nicht?

meines Erachtens ihre letzten Wurzeln in dem System der Legisactionen. Denn in ihm hat gerade der Gedanke, auf dem sie beruht: der der juristischen Individualität der Klage seine erste und zur höchsten Schärfe gesteigerte Verkörperung gefunden.[909a]) Die Legisactionen waren Individuen nach Art der Krystalle: scharfkantig, spitz, bis ins Kleinste hinein bestimmt, unabänderlich. Einer Jurisprudenz, die Jahrhunderte lang sie vor Augen und mit ihnen zu operiren hatte, konnte die Idee der Individualität der Klage nie wieder abhanden kommen.

Zu der im bisherigen vorgetragenen Auffassung der Legisactionen steht im Widerspruch die Ansicht eines neuern Schriftstellers,[910]) deren Betrachtung ich aus Gründen der Darstellung bis jetzt verschoben habe.

Die Ansicht betrifft zwar zunächst nur den Ursprung der Legisactionen, allein mittelbar das ganze Wesen derselben. Ihr Kern besteht darin: die Formeln hätten einen heiligen, religiösen Charakter an sich getragen, ein Versehen in dem Gebrauch derselben sei folgeweise unter den Gesichtspunkt einer Sünde gegen die Götter gefallen.

Was den Verfasser zuerst darauf gebracht hat, den letzten Grund der Legisactionen im Himmel zu suchen, ist seiner eignen

---

909a) Für das englische Recht ist auch hier wiederum dieselbe Erscheinung zu constatiren, ja die Individualisirung der Klage artet hier in förmliche Zersplitterung aus d. h. auch das vom juristischen Standpunkt individuell Bedeutungslose d. h. die bloße äußere Verschiedenheit des Falls gibt hier den Stoff zu besondern Klagen her. S. z. B. Gundermann a. a. O. S. 348, 363, 377, 384, 391. Im römischen Recht würde in den meisten dieser Fälle ein Anschluß an eine bestehende Klage erfolgt sein. Daher ist die Zahl der Klagen im römischen Recht eine mäßige geblieben, während das englische Recht unter der Sündfluth von Klagen fast untergegangen ist.

910) A. Schmidt in der oben Note 872 citirten Gelegenheitsschrift. Zur Rechtfertigung des Tones, den ich gegen diesen Schriftsteller anschlage, beziehe ich mich auf die Vorrede.

Erklärung zufolge die excessive Aengstlichkeit, mit der die Römer bei ihnen das Wort gehandhabt hätten. Es würde ihm, wenn er seinen Blick auf die irdischen Regionen hätte beschränken wollen, an Parallelen auf Erden nicht gefehlt haben. Um von den Formeln des materiellen römischen Rechts zu schweigen, für die er jenen Charakter ebensowenig in Anspruch nehmen wird als für die des spätern Processes, so hätte ihn das von mir im Verlaufe der Darstellung öfters herangezogene Beispiel des isländischen und englischen, des altdeutschen und altfranzösischen Rechts lehren können, daß das Formelwesen auch auf profanem Boden zu einer Blüthe gedeihen kann, die hinter der im alten Rom um nichts zurücksteht.

Auch daß die Diener der Götter, die Pontifices, die Verfasser und Hüter der Legisactionen waren, findet zu jeder Zeit, in der die Geistlichen die Träger der gelehrten Bildung, oder, um minder anspruchsvoll zu sprechen, die Schreibmeister der Nation waren, sein Seitenstück, und dieser Umstand allein würde den von ihnen verfaßten Formeln ebensowenig eine religiöse Weihe zu verleihen im Stande gewesen sein, als z. B. der Mönch Marculf im siebenten Jahrhundert für seine Formulariensammlung eine solche vindicirt haben wird.

Daß die Legisactionen denselben Geist athmen, wie die Formeln des geistlichen Rechts, was bewiese es anders als die von mir mehr als von irgend Jemanden betonte und nachgewiesene Thatsache (S. 397 fl.): daß beide denselben Händen ihren Ursprung verdanken? Der eigenthümliche Styl der Pontifices geht durch das ganze Recht, das fas wie das jus hindurch, aber eben diese letztere, uralte Scheidung des Rechts in eine religiöse und profane Seite (Bd. 1 S. 266) lehrt, daß nicht jedes Institut schon dadurch allein, daß ein Pontifex seine Hand daran legte, eine religiöse Weihe erhielt.

Ein Versehen in der Formel, heißt es weiter, sachte den Zorn der Götter an, denn die Formel war entnommen dem Gesetz, das Gesetz selbst aber vermöge der Auspicien unter göttlicher Mit-

wirkung erlaſſen. Einen Beweis der Richtigkeit dieſer Auffaſſung ſoll die legis actio sacramento liefern: das sacramentum hatte den Zweck, die Götter zu verſöhnen.

Der Verfaſſer iſt die Antwort ſchuldig geblieben, warum ſie die Sühne bloß bei jener legis actio, nicht aber auch bei den vier übrigen verlangten, namentlich der pignoris capio, die ja in gewiſſen Fällen eine ausgeſprochene religiöſe Beziehung hatte. Waren die Geſetze, in denen dieſe übrigen legis actiones ihren Urſprung hatten, weniger unter göttlichen Schutz geſtellt? Schrie das Unrecht Jemandes, der in gewaltthätiger Weiſe mittelſt manus injectio oder pignoris capio vorgegangen war, weniger zum Himmel, als deſſen, der in ganz zahmer Weiſe in Form der leg. act. sacramento den Weg Rechtens eingeſchlagen und dabei einen Formfehler begangen hatte?

Ein Gebot gab es im alten Proceß, deſſen religiöſe Natur außer allem Zweifel ſteht: das Gebot der Beachtung der dies nefasti (§. 47[d]). Welche Folge hatte die Verletzung deſſelben? Die unbewußte konnte und mußte mittelſt eines Piaculum geſühnt werden, die abſichtliche konnte es nicht. Den religiöſen Charakter der legis actio sacramento angenommen, ſo hätte alſo ein Mißgriff in der Benutzung ihrer Formel ebenfalls durch ein Piaculum geſühnt werden müſſen. Daß bei den wirklich religiöſen Formeln das Verſehen dieſe Folge nach ſich zog, wird uns ausdrücklich bezeugt.[911])

Doch unſer Gegner gibt uns ſelbſt die Waffen zu ſeiner Widerlegung in die Hand. Seiner Anſicht zufolge ſollen nämlich die Proceßformeln bereits vor den XII Tafeln vorhanden geweſen, ja zum Theil in ſie übergegangen ſein. Damit hat er ſelbſt den der religiöſen Weihe des Geſetzes entlehnten Grund beſeitigt. Worauf ſtützten dieſe uranfänglichen Formeln denn damals ihren „heiligen" Charakter? In der That, wenn nicht die Götter Roms

911) Arnob. adv. gentes IV, 31 Piaculi dicitur contracta esse commissio, si per imprudentiae lapsum aut in verbo quisquam . . . deerraverit. Cic. de har. resp. c. 23.

dem Volk ſtatt Religionsbücher eine Sammlung von Proceßformeln in die Wiege gelegt haben, ich wüßte nicht, woher ihnen dieſe Weihe in der vorgeſetzlichen Periode hätte zukommen ſollen.

Aber auch als ſich ihnen in den Geſetzen und dem Beiſtand, den die Götter den alten Römern bei Erlaß derſelben angedeihen ließen, eine denkbare Quelle dieſer Weihe erſchloß, wie weit hätte ſich letztere erſtrecken müſſen, wenn wir den aufgeſtellten Geſichtspunkt conſequent durchführen — er hätte das ganze alte Rom mit einem heiligen elektriſchen Licht übergießen müſſen. Jede Verletzung eines Geſetzes hätte eine Verletzung der Götter enthalten. Fühlte die Gottheit als Schutzpatronin des Geſetzes ſich ſchon durch ein fehlendes Wort in der Legisactio verletzt, wie mußte ſie bei dieſer ihrer Senſibilität erſt aufbegehren bei einer Uebertretung des Geſetzes ſelber, einer abſichtlichen, ſchamloſen Mißachtung deſſelben — der Gott, dem der Beſtohlene, der bei der actio furti ſich verſpricht, ſchon ein Aergerniß iſt, wie wird er erſt den Dieb die Wucht ſeines Zorns fühlen laſſen! Aber der Dieb geht ungeſchoren davon; — die Schmidt'ſchen Götter, die für das Wort ein ſo ſcharfes Ohr haben und Sühne begehren, beſitzen für das Verbrechen kein Auge, keine ſtrafende Hand!

So lange nun der Beweis nicht erbracht wird — und er wird ewig auf ſich warten laſſen — daß die Uebertretung eines jeden Geſetzes in Rom als ein Vergehen gegen die Götter angeſehen worden ſei, ſo lange werden wir auch darauf verzichten müſſen, mit dem genannten Gelehrten den göttlichen Zorn zur Erklärung des Weſens der Legisactionen zu verwenden.

4. Raum und Zeit als Element der Rechtsformen.

XLVII[d]. Das Verhalten des Rechts zu dieſen beiden Kategorien ſeinem ganzen Umfang nach hiſtoriſch zu verfolgen, würde eine der intereſſanteſten und dankbarſten Aufgaben der vergleichenden Rechtsgeſchichte ſein. Als Reſultat würden wir wahrſcheinlich überall dieſelbe Erſcheinung antreffen, welche die römiſche Rechtsentwicklung uns vergegenwärtigt: den fortgeſetzten Kampf des

Rechts gegen den beschränkenden und beengenden Einfluß der beiden Momente: Zeit und Ort, den Fortschritt von der Gebundenheit und Abhängigkeit von Zeit und Raum zur völligen Emancipation von ihnen.

An der gegenwärtigen Stelle beschränken wir uns auf die Bedeutung beider Momente für die Form der Rechtsgeschäfte im ältern Recht.

Ich beginne mit dem Raum.

Welche Bedeutung das Problem der Ueberwindung des Raums für die Geschichte der Erfindungen, des Handels und die Culturgeschichte hat, und was der menschliche Erfindungsgeist auf diesem Gebiet geleistet hat, ist allgemein bekannt. Weniger bekannt dürfte es sein, daß und wie auch das Recht sich mit demselben Problem hat abmühen müssen. Die Schwierigkeiten, mit denen das Recht zu ringen hatte, lagen nicht in der Außenwelt, der Natur, sondern im Menschen selbst, aber sie waren darum nicht minder gering; und es hat nicht weniger Zeit und Anstrengung gekostet, sie zu bewältigen, als diejenigen, welche die Mechanik und die Naturwissenschaft zu überwinden hatten. Der Abstand zwischen dem Einst und Jetzt, dessen letztere sich rühmen können, wiederholt sich auch für das Recht — wer das heutige mit dem altrömischen vergleicht, wird ihn kaum weniger erheblich nennen, als den zwischen dem Eisenbahn- und Telegraphenwesen der heutigen Zeit und dem Schneckengang der Posten und Fuhrwerke der Vergangenheit.

Was ist für unser heutiges Recht die Entfernung, und was war sie einst! Einst ein absolutes Hinderniß für die Vornahme eines jeden Rechtsgeschäfts, ist sie heutzutage für den Verkehr rechtlich[922]) ohne den geringsten Einfluß. Contracte schließen, Besitz und Eigenthum erwerben und übertragen, Processe füh-

922) Nur das Familienrecht kennt noch das Requisit der Anwesenheit — die Reise zur Hochzeit ist auch heutzutage eine rechtlich nothwendige Reise; das Privatfürstenrecht hat selbst sie erlassen (Stellvertretung).

ren u ſ. w., alles das kann man von jeder beliebigen Entfernung aus — Stellvertreter und Briefe erſparen dem Handelnden die Mühe des eignen Erſcheinens. Ein alter Römer würde ſich vielleicht nicht weniger darüber wundern, was man heutzutage mit Papier und Dinte, als was man mit Dampf und Electricität ausrichtet. Papier und Dinte vertreten bei uns nicht bloß die Perſon, ſondern auch die Sache, wenigſtens die wichtigſte derſelben: das Geld. Wechſel, Anweiſungen, Banknoten, Papiergeld machen es unſerm heutigen Verkehr möglich, das Gewicht einer Million auf wenige Lothe zu reduciren; gegenüber den Summen, die täglich in dieſer luftigen und duftigen Geſtalt den Raum durcheilen, verſchwindet die Maſſe des verſandten Metallgeldes faſt in nichts. Das Gemeinſame unſeres geſammten heutigen Syſtems der Raumüberwindung im Gegenſatz zu dem früherer hiſtoriſcher Epochen beſteht in dem Erſatz der lebendigen Kräfte durch mechaniſche. Die Locomotive hat das Laſtthier, der Telegraph den Boten, die Feder den Menſchen erſetzt — Dampf, Electricität und Dinte ſind die Hebel des heutigen Verkehrsweſens.

Die Bedeutung des Raums im Recht der Gegenwart beſchränkt ſich im weſentlichen bloß darauf, daß der Raum die Rechtsterritorien und bis zu einem gewiſſen Grade das Domicil der Rechtsverhältniſſe beſtimmt (Frage von der Colliſion fremder und einheimiſcher Geſetze).

Dieſe Geſtalt nun, die unſer heutiges Recht der Raumfrage gegeben hat, macht uns, eben weil ſie den Ausdruck unſerer modernen Anſchauungsweiſe enthält, den Eindruck der höchſten Natürlichkeit und Nothwendigkeit. Dem alten Römer würde ſie, wie bereits bemerkt, als das gerade Gegentheil erſchienen ſein — ein abermaliger Beleg dafür, welche Bewandniß es mit dem Begriff des „Natürlichen“ hat! Das Natürliche iſt das, was der Anſchauungsweiſe einer beſtimmten Zeit entſpricht — was dieſer Zeit als natürlich, erſcheint jener als völlig unnatürlich. Der Gegenſatz der Anſchauungsweiſe, welcher der Behandlungs-

weise des heutigen und altrömischen Rechts zu Grunde liegt, läßt sich mit einem Wort bezeichnen — es ist der uns wohlbekannte der abstracten und sinnlichen (S. 422). Die Gestalt, die das Verhältniß im altrömischen Recht an sich trug, legt sprechendes Zeugniß ab für den Einfluß, den wir oben (§ 43) dem sinnlichen Moment in der alten Zeit vindicirt haben. Sie war eine im hohen Grade unbequeme — eine Fessel für den Verkehr, die man sich selbst geschmiedet hatte, ein Joch, das man trug, weil und so lange man daran glaubte. Aber um sich von dem Glauben daran und damit von ihm selbst loszureißen, dazu gehörte erst ein Umschwung in der ganzen Anschauung, wie er sich erst im Lauf der Jahrhunderte und nur unter dem drängenden und zwingenden Einfluß bedeutender äußerer Veränderungen vollziehen konnte.

Der Begriff des Rechtsgeschäfts unter Abwesenden besteht darin, daß die handelnden Personen sich an zwei verschiedenen Orten befinden. Diese Doppeltheit des Orts bei einem und demselben Rechtsgeschäft widerstrebt dem einfachen Sinn. Denn wenn es ein Geschäft sein soll, so ist auch Einheit der Handlung erforderlich (B. 3 §. 53 Note 184 fl.); wie wäre aber letztere möglich, wenn die Personen nicht an demselben Ort gegenwärtig sind? Offerte und Accept, Frage und Antwort, Absenden und Eintreffen der Erklärung fallen hier in ganz verschiedene Zeitmomente. Einheit der Zeit erfordert nothwendigerweise Einheit des Orts, Aufgeben der letzteren ist Aufgeben der ersteren. Wollen Zwei juristisch überein- oder zusammenkommen (convenire, conventio) so mögen sie es auch im natürlichen Sinn thun; da sieht man, daß sie etwas Gemeinsames vorhaben — ihre Vereinigung im Raum ist die sinnlich-natürliche Voraussetzung ihrer Vereinigung im Willen. Ebenso, wenn es eine unmittelbare Disposition über eine Sache gilt. Wie könnte man dieselbe treffen aus der Entfernung? Das ist dem naiven Sinn zu hoch. Er verlangt nicht bloß, daß man den Gegenstand, um den es sich handelt, sehe, sondern daß das rechtliche Verhältniß, in das man

sich zu ihm setzen, oder das man an ihm geltend machen will, kurz daß die Beziehung und Richtung des Willens zu ihm sich in einer äußern Einwirkung auf ihn kund thue, verkörpere, — das Erforderniß der Einheit des Orts besteht auch für die Sachen: wo die Sache unmittelbarer Gegenstand des Rechtsgeschäfts ist (Besitz- und Eigenthumsübertragung, Vindication, operis novi nunciatio,[923]) muß sie den handelnden Personen zur Hand sein.

So hat also das Rechtsgeschäft seinen räumlichen Kreis, innerhalb dessen die Personen und Sachen gegenwärtig sein müssen. Für die Personen ist er bestimmt durch das Requisit der mündlichen Rede (S. 594), durch Sprechen und Hören, er reicht so weit, als die Stimme und das Ohr trägt. Darum müssen bei allen formellen Rechtsgeschäften und bei allen Handlungen des Processes, bei denen die Rede sich gegen den Gegner richtet, beide Theile gegenwärtig sein.[924]) Für die Sachen ist jener Kreis bestimmt durch das Requisit des Greifens (Mancipation, Abtretung vor Gericht, Vindication S. 570), er reicht so weit als die Hand. Für die Tradition ist er im neuern Recht (S. 429) ungleich weiter gezogen; hier erstreckt er sich so weit, als das Auge (traditio longa manu). Die Tragweite des Willens im Raum stuft sich demnach ab nach dem der Organe: der Hand, der Sprachwerkzeuge, des Ohrs, des Auges — darüber hinaus kann der Wille keine Wirkungen ausüben. Um ihm diese zu ermöglichen, hätte man an die Stelle der mündlichen Rede das Schreiben oder an die der eignen Rede die des Stellvertreters setzen und rücksichtlich der Sachen

923) L. 5 §. 2 und 3 de O. N. N. (39. 1). Nunciationem autem in re praesenti faciendam i. e. eo loci, ubi opus fiat . . sufficit in re praesenti nunciari ei, qui in re praesenti fuerit.

924) Für die Stipulation, Mancipation, Abtretung vor Gericht und die Legisactionen (mit Ausnahme der pignoris capio, Gaj. IV, 29) ist dies bereits früher bemerkt; ich hebe außerdem noch die in L. 6 §. 2 de conf. (42. 2) genannte confessio in jure und jurata operarum promissio hervor, sowie die sententia arbitri, L. 27 §. 4 de rec. (4. 8).

das Requisit der actuellen oder (beim Besitz) potentiellen Einwirkung auf dieselbe erlassen müssen.

Hat das ältere Recht sich dazu verstanden? Die Frage ist entschieden zu verneinen. Nur rücksichtlich des Princips der Präsenz der Sache ließ man im Vindicationsproceß nicht sowohl eine Ausnahme, als eine Erleichterung zu: Repräsentation des Streitobjects (S. 506),[925] die auf die Mancipation unbeweglicher Sachen nicht ohne Rückwirkung bleiben konnte und für sie die völlige Aufgabe jenes Princips nach sich zog (S. 575).

Das bisher betrachtete Requisit bestand für sämmtliche Rechtsgeschäfte. Für gewisse Arten derselben gesellte sich noch ein anderes hinzu, welches den Ort nicht wie jenes bloß relativ, sondern absolut bestimmte. Alle an die Mitwirkung des Volks, der weltlichen und der geistlichen Behörden geknüpften Rechtsgeschäfte (S. 525: 1, 2, 3) waren nur am Sitz dieser Gewalten, in Rom[926] möglich. Gruppiren wir dieselben nach den Rechtsgebieten, denen sie angehörten, so mußten in Rom vorgenommen werden

aus dem Familienrecht:

die Arrogation, Adoption, Emancipation, Eingehung und Trennung einer confarreirten Ehe, Abtretung der Tutel;

---

925) Nicht bloß bei unbeweglichen Sachen, sondern auch bei beweglichen, die sich ohne Unbequemlichkeit nicht vor Gericht bringen ließen, Gaj. IV, 17.

926) An welchen Orten innerhalb Roms, ist damit schon gesagt. Es wäre vielleicht nicht uninteressant, die Topographie Roms einmal mit Rücksicht auf das Recht und den Verkehr in seinem weitesten Umfange zu verfolgen. Als Beiträge dazu folgende Notizen. Eidliche Versprechungen wurden in alter Zeit an dem Altar des Herkules (ara maxima) abgelegt, Vergleichsverhandlungen im Tempel der Concordia gepflogen (Plin. Epist. V, 1), die Kriegsbeute ward zum Zweck der Recognition von Seiten der früheren Eigenthümer auf dem Marsfeld aufgestellt (Liv. III, 10. XXXV, 1) — man beachte die Allegorie des Orts in den beiden Fällen — die Verkündigung der Concurse durch öffentlichen Anschlag erfolgte an der columna Maenia auf dem Puteal (Schol. Bob. Orelli II, 295) nahe beim Carcer

aus dem Sachenrecht:

die Manumission, Bestellung von Urbanal- und persönlichen Servituten;

aus dem Erbrecht:

die Errichtung des testamentum in comitiis calatis — das hieß aber, da letztwillige Verfügungen nur in Form des Testaments möglich waren: jede letztwillige Disposition — und die Abtretung der Erbschaft;[927])

aus dem Proceß:

sämmtliche gerichtliche Akte des Legisactionenprocesses; im Formularproceß hat sich der Proceß bereits von Rom emancipirt (judicia imperio continentia im Gegensatz der jud. legitima.[927a])

Diese Regel erlitt jedoch zwei Modificationen. Die erste: die freiwillige Gerichtsbarkeit der römischen Magistrate (legis actio in diesem Sinn) war nicht auf Rom beschränkt, sie begleitete dieselben auch auf ihren Reisen z. B. in die Provinzen.[928]) Die zweite: zu Gunsten des Heeres war an die Stelle des testamentum in comitiis calatis das testamentum in procinctu gesetzt, und über die Soldaten übte der Feldherr wie die Straf- so auch die Civilgerichtsbarkeit.[929]) Darin lag zugleich die frei-

---

(Plin. H. N. VII, 60), das sacramentum ward am pons publicius deponirt.

927) Ob nicht auch die Antretung? Es fehlt uns leider an allen Nachrichten über die ursprüngliche Form der Erbschaftsantretung. Die dem spätern Recht angehörige bonorum possessio mußte vor dem Prätor (wenn auch nicht immer vor dem Tribunal desselben), also regelmäßig in Rom nachgesucht oder angemeldet werden.

927a) Gaj. IV, 104, 105.

928) Keller Röm. Civilproc. §. 3. Ob von jeher? Sie stammte ja zum Theil erst aus späterer Zeit, s. Note 737. Wie man im römischen Leben die dargebotene Gelegenheit benutzte, darüber s. z. B. Plin. Epist. IV, 16, 32.

929) Gell. VII, 1. Val. Max. III, 7, 1. Liv. epit. lib. 86. In welcher Proceßform? Die legis actio sacramento war, so wie sie uns geschil-

willige Gerichtsbarkeit, und sämmtliche durch in jure cessio zu vollziehenden Akte z. B. die Freilassung konnten mithin auch im Felde vorgenommen werden, so daß also nur die Eingehung oder Trennung der confarreirten Ehe für die Rückkunft nach Rom aufgespart werden mußten — eine Beschränkung ohne alles praktische Interesse.[929a])

Abgesehen von diesen beiden Modificationen mußte Jeder, der eins der obigen Geschäfte vollziehen wollte, sich nach Rom verfügen. So lange das römische Gebiet sich auf einen kleinen Umkreis beschränkte, lag in dieser Einrichtung keine nennenswerthe Unbequemlichkeit. Wer kam nicht von Zeit zu Zeit in die Stadt? Der Marktverkehr, der Gottesdienst, die Spiele, Feste, Volksversammlungen gaben reichliche Anlässe dazu. Hierin lag kaum eine größere Belästigung, als sie auch heutzutage für die Eingesessenen größerer Amtsbezirke besteht.

Ganz anders aber stellte sich die Sache, als die Gränze des Gebiets sich weiter und weiter von Rom entfernte. Die Verfassung sowohl wie das Privatrecht waren im wesentlichen berechnet auf eine Stadt; konnte man sie beibehalten für ein Reich? Die Frage: die damit an die Gesetzgebung herantrat: Beibehaltung des Bisherigen, d. h. äußere Centralisation oder angemessene Decentralisation war eine der gewichtigsten, die ihr je zur Entscheidung vorgelegen hat, und an der unvollkommnen Lösung der-

---

dert wird, an Rom (B. 1 Note 214) und die Mitwirkung der Pontifices gebunden. Bewegte sich der Proceß im Lager, wo es an Juristen von Fach fehlte, etwa in freieren Formen? Das möchte das Wahrscheinlichere sein. Der Proceß vor dem Feldherrn gehörte zur Classe der judicia imperio continentia (quae imperio continent) d. h. derer welche mit dem imperium zusammenhängen, nicht quae imperio continentur d. h. in ihm enthalten sind; in jenem Sinn kommt continere sehr häufig vor, z. B. aedificia continentia, z. B. L. 4 §. 2 quib. c. pig. (20. 2) L. 6 de proc. (3. 3).

929a) Wenn ich in der ersten Auflage auch die arrogatio ausgenommen hatte, so hat mich inzwischen Sueton. Galba c. 17 . . pro concione adoptavit eines bessern belehrt; das Heer galt wie für das Testament so auch für diesen Akt als Volk.

ſelben, an dem Mißverhältniß zwiſchen Stadt und Reich iſt die Republik mit zu Grunde gegangen. Für das Privatrecht hatte zwar die Frage bei weitem nicht die Bedeutung wie für das öffentliche Recht, und die Hinderniſſe, die ſich ihrer befriedigenden Löſung in den Weg ſtellten, waren nach dieſer Seite hin ungleich geringer. Allein um ſo bezeichnender iſt die Läſſigkeit, das Widerſtreben, das ſelbſt nach dieſer Richtung hin an den Tag tritt. Vor allem trifft dieſe Bemerkung alle diejenigen Akte und Verhältniſſe des Privatrechts, welche eine unmittelbare oder mittelbare religiöſe Beziehung hatten und als zur Competenz des Pontificalcollegiums gehörige eben damit an Rom geknüpft waren. Welches Mißverhältniß war es z. B., daß man noch zu Gajus Zeit eine Arrogation nur in Rom vornehmen konnte,[930]) alſo aus den entfernteſten Provinzen zu dieſem Zweck nach Rom reiſen mußte! oder daß ein Provinzialſtatthalter von Bithynien wie Plinius ſich die Autoriſation zur Verſtattung der Verlegung eines Grabmals erſt vom Pontifex Maximus in Rom (Trajan) erwirken mußte![931]) Seine minder ſcrupulöſen Vorgänger hatten ſich freilich nach ſeinem eignen Bericht öfter darüber hinweggeſetzt.

Thaten ſie ſo Unrecht daran? Wenn die Geſetzgebung es unterläßt, unmöglich gewordene Einrichtungen zu beſeitigen, ſo kann und muß die Praxis ſich ſelber helfen; ſo geſchah es überall, ſo geſchah es auch in Rom. Der Prätor ſollte ſich zum Manus conserere mit den Parteien auf's Grundſtück verfügen — wie war das durchführbar, als es zu dem Zweck ſtatt eines bloßen Ganges, den das Geſetz im Auge hatte, einer förmlichen Reiſe bedurfte? Die Prätoren hätten, um dieſer Beſtimmung zu genügen, ihre ſonſtigen Pflichten völlig vernachläſſigen müſſen. Wie wir wiſſen, waren ſie verſtändig genug, ſich über jene Vor-

930) Gaj. I, 100.

931) Plin. Epist. X, 73 (69), das Antwortſchreiben von Trajan ibid. 74.

ſchrift hinwegzuſetzen.[932]) Ebenſo machten es die übrigen Beamten. Der Feldherr reiſte nicht mehr nach Rom zurück, um dort die Auſpicien zu erneuern,[933]) die Fetialen erſparten ſich die weite Reiſe, um den Speer in Feindes Land hinüber zu werfen. Sie halfen ſich in ächt römiſcher Weiſe durch repräſentative Nachbildung des erforderlichen Grund und Bodens, wenigſtens iſt dies in drei Fällen ausdrücklich bezeugt.[934])

Dem Verkehr ward es weniger leicht, ſich von dem läſtigen Requiſit der Anweſenheit in Rom zu befreien. Vollſtändig gelang es ihm nur rückſichtlich der Teſtamentsform; das von ihm erfundene Mancipationsteſtament, welches neben andern Vor-

---

932) Was Gell. XX, 10 von dieſem Fall bemerkt, paßt für alle folgende: Sed postquam praetores propagatis Italiae finibus datis jurisdictionibus negotiis occupati proficisci vindiciarum dicendarum causa in longinquas res gravabantur, institutum est contra XII tabulas tacito consensu etc.

933) In früherer Zeit ward er von dem Senat zu dieſem Zweck nach Rom berufen, Liv. VII, 19. XXIII, 22, ſpäterhin ward ihm bloß aufgegeben ut dictatorem in agro Romano diceret (ſ. folg. Note) Liv. XXVII, 29. Warum mußte der Dictator in der Stadt ernannt werden? Weil er für die Stadt ernannt ward (Princip der Präſenz). Im Felde hatte er vor dem Conſul nichts voraus, hier war das imperium beider gleich, dagegen war das der Conſuln innerhalb der Stadt durch das Interventionsrecht der Tribunen und die Provocation an die Volksverſammlung beſchränkt, und dieſe Beſchränkungen hinwegzuräumen war der Zweck und Vorzug der Dictatur. Seit Ausdehnung des Provocationsrechts über die Bannmeile hinaus erhielt eben damit die (daſſelbe ausſchließende) Dictatur dieſelbe Ausdehnung.

934) B. 1 S. 351. Für den in der vorigen Note beſprochenen Fall fehlt es an einem Zeugniß. Liegt vielleicht in dem „in agro Romano" der Formel eine Aufforderung zu einer künſtlichen Herſtellung des ager Romanus, oder iſt der Begriff ähnlich wie der des Grundeigenthums von vornherein ein elaſtiſcher geweſen, d. h. bezeichnete er das der römiſchen Herrſchaft zur Zeit unterworfene Land, ſo daß er mithin mit letzterer gleichen Schritt hielt? Für beide Begriffe bildete Italien die Gränze, nur daß der Begriff des Grundeigenthums (praedium in italico solo) ſich durch Verleihung des jus italicum auch auf die Provinzen übertragen ließ, während dies für den ager Romanus ausgeſchloſſen war. Liv. XXVII, 5: agrum Romanum . . Italia terminari.

zügen auch den der Ortsentbindung von Rom enthielt, trat ganz an die Stelle der ältern Form. Rücksichtlich der andern Geschäfte vermochte er sich, so lange der Prätor sich nicht in's Mittel legte, nur in unvollkommener Weise zu helfen, nämlich durch factische Vornahme der Geschäfte außerhalb Roms und den Schutz, den die Sitte ihnen gewährte. Das Hauptbeispiel bieten die Freilassungen. Man erklärte den Sklaven vor Zeugen für frei (manumissio inter amicos) und behandelte ihn fortan als solchen, bis sich Zeit und Gelegenheit fand, in Rom vor dem Censor oder Prätor den Akt in aller Form Rechtens zu wiederholen.[935]) Ein anderes Beispiel liefert die obrigkeitliche Bestellung eines Vormundes nach der lex Atilia (tutor Atilianus). Sie mußte in Rom geschehen.[936]) Bis man zur Reise nach Rom Zeit fand, verwaltete, wie es bis zum Erscheinen des Gesetzes immer der Fall gewesen, irgend eine dem Pupillen nahe stehende Person factisch das Amt des Tutors. Auch hier gab später der Prätor dem Factischen rechtliche Gestalt, nämlich mittelst der Bestimmungen des Edicts über factische Tutoren (Protutoren).[937])

Für den Civilproceß gab es, um sich der Reise nach Rom zu entziehen, keinen andern Ausweg als Vereinigung beider Parteien über schiedsrichterliche Entscheidung. Es gehörte zum Begriff des „lege agere" und des judicium legitimum, daß der Proceß in Rom spielte; Processe unter römischen Bürgern außerhalb Roms, ein Anwendungsfall der judicia imperio continentia[938]) kamen, von dem Proceß im Lager (Note 929)

935) Das geschah auch noch in späterer Zeit, nachdem die lex Junia Norbana die unvollkommnen Freilassungen gesetzlich anerkannt hatte s. z. B. Plin. Ep. VII, 16. Si voles vindicta liberare, quos proxime inter amicos manumisisti. Virg. Bub. I, 28. Caussa Romam videndi fuit libertas.

936) Gegen die Meinung, daß sie sich auf stadtsässige Pupillen beschränkt habe (Rudorff Recht der Vormundschaft B. 1 §. 47) s. Th. Mommsen die Stadtrechte der lat. Gemeinden Salpensa und Malaca S. 438.

937) Dig. XXVII, 5 und 6.

938) Gaj. IV, 105 . . extra primum urbis Romae miliarium.

abgeſehen, erſt in ſpäterer Zeit auf. Aber der alte Proceß vermochte ſich dem Einfluß der Gebietserweiterung doch nicht ganz zu entziehen, und es ſind bereits früher (S. 574 und S. 644) zwei Spuren namhaft gemacht, in denen dieſer Einfluß unverkennbar hervortritt, ich meine die Selbſtdispenſation des Prätors vom Erſcheinen beim Vindicationsakt an unbeweglichen Sachen und die den Parteien durch die lex Silia und Calpurnia gewährte Dispenſation vom Erſcheinen im erſten Termin. Einen ähnlichen Zweck, das nutzloſe Reiſen möglichſt zu erſparen, hatte auch die lex Hortensia aus dem Jahr 465, welche beſtimmte, daß die Nundinen, welche früher dies nefasti geweſen,[939] dies fasti ſein ſollten, was m. a. W. ſo viel hieß: das Landvolk könne, wenn es doch einmal des Marktes wegen zur Stadt komme, zugleich ſeine Rechtshändel abmachen.[940]

Dem bisherigen nach dürfte ſich die Behauptung rechtfertigen, daß die Form der privatrechtlichen Geſchäfte und die Organiſation des Proceſſes noch Jahrhunderte lang den Charakter athmeten, den das römiſche Recht urſprünglich an ſich trug — den eines *Stadtrechtes*. Denſelben Geſichtspunkt für das öffentliche und geiſtliche Recht und die Religion[941] zu verfolgen, liegt außerhalb der Gränzen unſerer Aufgabe.

Die Beſchränkungen, denen die *Form*[942] der Rechtsgeſchäfte rückſichtlich der *Zeit* unterlag, laſſen ſich ebenfalls auf zwei Claſſen zurückführen: *relative* und *abſolute*.

Die relative Beſchränkung hat in der Idee der *Einheit des Rechtsgeſchäfts* ihren Grund und äußert ſich daran, daß die einzelnen Handlungen, welche zur Begründung des

939) Fest. Nundinae.

940) Macrob. Sat. I, 16. Lege Hortensia effectum est, ut (nundinae) fastae essent, uti rustici qui nundinandi causa in urbem veniebant, lites componerent.

941) Die klaſſiſche Stelle dafür iſt Liv. V, 52.

942) Die höchſt wichtige Beziehung der Zeit zu dem *Inhalt* des Rechtsgeſchäfts wird in der Theorie des ſubjectiven Willens (§. 53) erörtert werden.

Rechtsgeschäfts erforderlich sind, in denselben Zeitmoment fallen müssen. Da wir diesem Punkt an späterer Stelle (B. 3 §. 53) eine eingehendere Erörterung widmen müssen, so können wir ihn hier völlig übergehen.

Die absoluten Beschränkungen waren doppelter Art. Zunächst positiver Art. Für gewisse Geschäfte gab es wie nur einen bestimmten Ort, so auch nur einen ganz bestimmten Zeitpunkt zu ihrer Vornahme, nämlich für die Testamente (zweimal im Jahr[947]) und die Freilassungen (alle fünf Jahr einmal, bei Gelegenheit des Census)[948] — beides höchst lästig und auf die Dauer unhaltbar und darum durch den Verkehr schon früh beseitigt.[949] Eine andere Beschränkung von negativer Art: die gerichtlichen Legisactionen sollen nicht an dies nefasti vorgenommen werden. Diese Vorschrift hatte wie die ganze Zeiteintheilung einen religiösen Charakter und bestand nicht für die Parteien (denen ursprünglich die Reihenfolge der dies fasti und nefasti sogar ein Geheimniß gewesen sein soll), sondern für den Magistrat,[950] und auch für ihn enthielt sie nur ein bloßes Sollen, d. h. wenn er sie übertreten, so hatte er dies zwar durch ein Piaculum zu büßen, allein die Handlung war und blieb in ähnlicher Weise gültig wie so manche außerprocessualische in Uebertretung einer bestehenden Verbindlichkeit vorgenommene Handlungen, m. a. W. die Vorschrift hatte nur die Natur einer lex minus quam perfecta.[951] Aus diesem Grunde waren also die außergerichtlichen Akte des Legisactionenprocesses (S. 641) durch jene

947) Gaj. II, 101. Calatis comitiis faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant.

948) Das ergibt sich schon aus der Controverse im Fragm. de manum. (Dosith.) §. 7a.

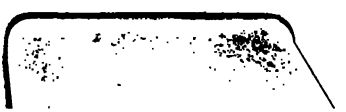
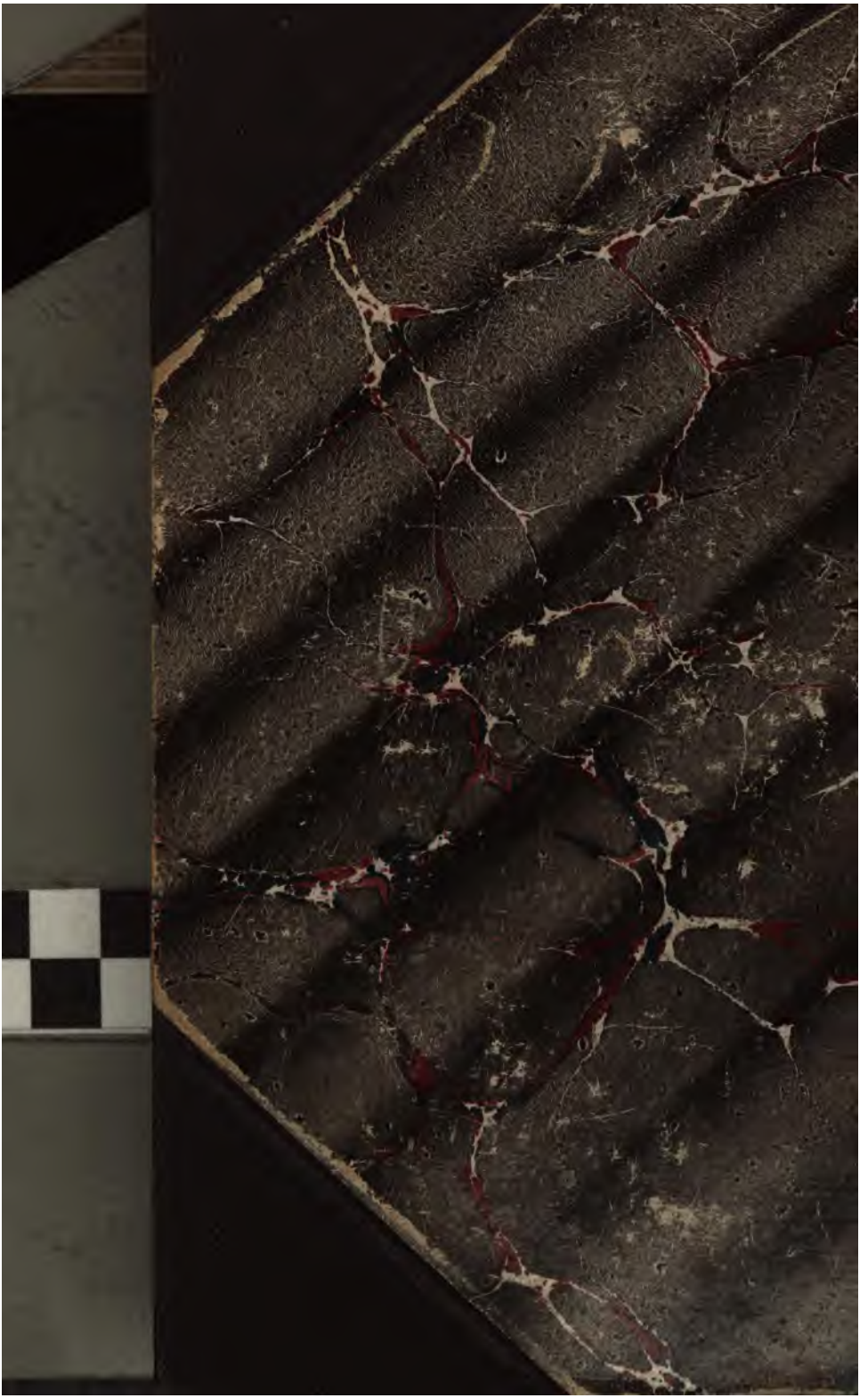
949) Ueber die Freilassungen s. Note 737.

950) Varro de L. L. VI, 29 praetoribus licet dicere. 30. nefas praetorem dicere. Ebenso Macrob. Sat. I, 16.

951) Varro §. 30 cit. Ulp. Prooem §. 2.

Vorſchrift ebenſo wenig gehindert,[952]) wie die Rechtsgeſchäfte, ſoweit ſie nicht der Mitwirkung der Obrigkeit in Form der legis actio bedurften.[953])

---

952) Was Gaj. IV, 29 von der pign. capio bemerkt, iſt alſo keine Irregularität oder utilitariſche Beſtimmung (Bethmann-Hollweg Handbuch der Civilproc. I S. 223 „die pign. cap. litt keinen Verzug", wobei ihm mehr die deutſche Pfändung als die römiſche pignor. capio vorgeſchwebt haben mag), ſondern ein nothwendiger Ausfluß des Princips und galt von allen außergerichtlichen Legisactionen.

953) Ueber die letztere Frage ſind freilich die Anſichten getheilt, ſ. v. Bethmann-Hollweg a. a. O. I. S. 86.